# Ausführliche Erläuterung
der
# Pandecten
nach
# Hellfeld
# ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück
Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

---

Zwanzigsten Theils erste Abtheilung.

---

Erlangen
in der Palmischen Verlagsbuchhandlung.
1819.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Lib. XXI. Tit. I.

# De aedilitio Edicto, et redhibitione, et quanti minoris.

## §. 1106.

### Aedilen, und deren Edicte.

Unter den alt-republikanischen Magistratspersonen spielten gewiß die Aedilen, besonders nachdem sie zur Würde der höhern Staatsbeamten waren erhoben worden, und sich auch der sella curulis bedienen durften, eine der bedeutendsten Rollen sowohl in Rom als in den Municipien[1]). Vor Julius Cäsar, unter welchem zur Besorgung des Getraidewesens noch zwey besondere Aediles Cereales ernannt wurden, gab es nur zweyerley Arten von Aedilen, die plebejischen und curulischen. Die erstern wurden fast zu gleicher Zeit mit den Volks-Tribunen aus Veranlassung eines Volksaufstands erwählt[2]). Nach Festus[3]) sollen sie Anfangs nur für

1) *Ev.* Otto de Aedilibus coloniarum et municipiorum. *Lipsiae* 1732. 8.

2) Gellius *Noct. Attic.* Lib. XVII. c. 21.

3) Voc. *Aedilis*. Aedilis initio dictus est Magistratus, qui aedium non tantum sacrarum, sed etiam privatarum curam gerebat.

das Bauwesen angestellt gewesen seyn, jedoch so, daß ihre Aufsicht über alle Gebäude, nicht blos Tempel, sondern auch Privathäuser sich erstreckt habe. Allein daß die Gewalt der plebejischen Aedilen schon gleich Anfangs viel umfassender gewesen sey, beweißt das Zeugniß des Dionys von Halicarnaß[4]). Dieser erzählt, die Plebejer hätten vom Senat verlangt, daß er ihnen erlauben möchte, jährlich zwey aus ihrem Stande zu erwählen, welche, als Gehülfen der Tribunen, besonders wenn es auf Entscheidung von Sachen ankam, welche ihnen überlassen waren, zugleich die Aufsicht über die Tempel und öffentlichen Orte, so wie die Besorgung des Getraidewesens haben sollten. Der Senat habe es ihnen auch erlaubt, und so hätten sie dann einige gewählt, welche sie Diener der Volkstribunen, Collegen und Richter genannt hätten. Nachher wären sie von einem ihrer Amtsgeschäfte sacrarum aedium curatores genannt worden, doch wären sie Gehülfen der Tribunen geblieben, auch wären ihnen noch viele andere wichtigen Geschäfte übertragen worden, so daß sie in vielen Stücken denen ähnlich gewesen wären, welche bey den Griechen *ἀγορανόμοι*[5]) genannt werden. Zonaras[6]), dessen Angabe mit der des Dionys ziemlich übereinstimmt, bemerkt noch, die Aedilen hätten auch alle Decrete, alle Plebiscite, und Senatusconsulte in ihrer Verwahrung gehabt; nachher hätten sie unter andern auch noch die

4) *Rom. Antiquitat.* Lib. VI. cap. 90.

5) Auch Theophilus in Paraphr. gr. ad §. 7 *I.* de iure nat. gent. et civ. sagt: Qui latine *Aediles* dicuntur, a Graecis *ἀγορανόμοι* vocantur.

6) *Annal.* Lib. VII. c. 16.

Aufsicht über den Handel und Verkauf der Waaren erhalten. Nach Livius [7]) ward ihnen die Policey auch gegen fremden Gottesdienst aufgetragen, sie brachten ferner Anklagen vor die Volksgemeinde wegen Uebertretung der Plebiscite, und hatten auch die Besorgung der öffentlichen Spiele. Dionys und Zonaras gedenken zwar der öffentlichen Spiele nicht. Allein Livius [8]) erzählt, die plebejischen Aedilen hätten durch ihre Weigerung, die ludi maximi zu besorgen, die Veranlassung gegeben, daß man für dieses Geschäft zwei curulische Aedilen aus den Patriziern bestellt habe [9]). Es war nämlich im Jahre 387. in welchem auch der erste Prätor, zunächst für das Rechtsprechen, aus den Patriziern war gewählt worden. Der Adel ließ sich diese curulische Magistratur als eine Art der Entschädigung einräumen, um nun, wie Livius [10]) sagt, pro Consule uno plebejo, tres patricios Magistratus, curulibus sellis praetextatos, tanquam Consules sedentes, zu haben; oder wie sich Pomponius [11]) ausdrückt: ut aliquo pluris Patres haberent, placuit duos ex numero Patrum constitui: ita facti sunt *Aediles curules*. Allein dem ausschließenden Besitz derselben mußten die Patrizier schon im folgenden Jahre entsagen, und

7) Livius Lib. IV. cap. 30. Datum inde negotium *Aedilibus*, ut animadverterent, ne qui, nisi romani Dii, neu quo alio more, quam patrio, colerentur. Man sehe auch Livius Lib. XXXIX. cap. 14.

8) *Lib. VI. cap.* 42.

9) Man sehe jedoch Niebuhr röm. Geschichte 2. Th. S. 416. f.

10) *Lib. VII. cap.* 1.

11) *L.* 2. §. 26. *D. de Orig. iuris.*

zugeben, daß die Aediles curules Anfangs ein Jahr um das andere aus der Plebs, späterhin ohne allen Unterschied des Standes gewählt wurden [12]). Cicero [13]) rühmt zwar von seiner Wahl zum Amte eines curulischen Aedilen, das römische Volk habe ihm damit die Besorgung der ludi sanctissimi et antiquissimi, welche er dann alle nach der Reihe anführt, ferner die procuratio sacrarum aedium, ja tota urbs tuenda übertragen, daß indessen die plebejischen Aedilen nicht auch an den Geschäften hätten Antheil nehmen können, welche den curulischen Aedilen angehörten, ist damit nicht erwiesen, auch schon darum gar nicht glaublich, weil ihren Befugnissen entsprechend die curulische Aedilität gebildet ward [14]). Es ist daher offenbar unrichtig, wenn man gewöhnlich behauptet, daß den curulischen Aedilen die höhern und ehrenvollen Policeygeschäfte zugetheilt, das Amt der plebejischen Aedilen hingegen blos auf die ganz niedrige Policey beschränkt gewesen sey [15]). Man hat vielmehr aus einer Menge von Zeugnissen der Klassiker erwiesen, daß beyde Arten der Aedilen eine concurrirende, aber nach Zeit oder Ort geschiedene Amtsthätigkeit gehabt haben [16]). Auch in dem bey Heraclea gefundenen

12) Livius Lib. VII. cap. 1.

13) *In Verrem* Lib. V. cap. 14.

14) Niebuhr a. a. Ort. S. 417.

15) S. Bach Hist. iurisprud. rom. Lib. II. cap. 1. §. 5. in fin. Ritter ad *Heineccii* Histor. iuris civ. Lib. I. §. 54. Not. *. *van* Alphen Diss. de differentia inter Aediles plebis et curules Romanor. *Traj. ad Rhen.* 1789.

16) S. Thibaut civilist. Abhandlungen. Nr. VIII.

Volksschluß über die Policey in Rom, und die Municipalverfassung in Italien wird ganz bestimmt die Theilung der Geschäfte zwischen beyden Aedilen nach dem Local vorgeschrieben [17]). Es ist zwar daselbst nur von den Geschäften die Rede, welche die Aufsicht über die öffentlichen Straßen in der Stadt Rom, und in einer bestimmten Entfernung von der Stadt betreffen [18]); wer mag aber bey dem ungeheuern Umfange Roms, und der geringen Zahl der Aedilen bezweifeln, daß nicht in Betreff der Policey, und besonders der Markt-Policey, die Vertheilung der Geschäfte nach den Districten eine absolute Nothwendigkeit gewesen sey? Daß sich die Aufsicht der Aedilen auch über Leichenbegängnisse [19]), und Beschränkung des Aufwands bey denselben, nicht minder über Wucherey [20]), und Erhaltung der Keuschheit in und auf-

17) S. Hugo civilist. Magazin 3. B. Nr. XIX. S. 353. f.

18) Livius Lib. X. cap. 23 et cap. ult. Ovidius Fastor. Lib. V. v. 287. *Ev.* Otto de tutela viarum publicarum P. II. cap. 3. pag. 341. *Io Leonard* Wintgens Diss. de animalibus ferocibus, qua vulgo iter fit, non habendis, ad L. 40. 41. et 42. π. de aedilit. Edicto. *Traj. ad Rhen.* 1730. cap. 2. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. Diss. iurid Belgicar.* Vol. I. Tom. II. p. 154.) Brissonius Selectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. IV. cap. 12.

19) Ovidius *Fastor.* VI. v. 663. Cicero *Philipp.* IX. cap. ult. Reinesius Inscript. II. 73. pag. 291. Gruterus Inscript. pag. 932. num. 8. *Ge. D'* Arnaud Variar. Conjectur. iur. civ. Lib. II. cap. 23. Püttmann Meletemat. iuris civ. Spec. I. *Lipsiae* 1771. cap. 3.

20) Livius Lib. VII. cap. 28.

ser der Ehe [21]) erstreckt habe, ist bekannt. Kein Wunder, wenn sie daher auch häufige Veranlassungen zu Untersuchungen von Verbrechen, und zu Anklagen der schuldig Befundenen vor dem Volk auf den Tod oder Geldstrafe erhielten [22]). Ein ungleich wichtigerer Beruf, der ihnen achtzig Jahre lang unvermindert, und zum Theil auch noch weit länger erhalten blieb [23]). Erst durch Einsetzung der Triumviri capitales (gegen das Jahr 464) ging die Criminalinquisition, welche uns noch die letzten Bücher der ersten Livianischen Decade in den Händen der curulischen Aedilen zeigen, auf jene über, so wie sie ursprünglich die Quästoren gehabt hatten [24]). Nach dem großen Umfange ihrer Amtsgewalt hatten die Aedilen auch eine weit umfassende Jurisdiction in Policeysachen, und zwar nicht bloß die in Rom, sondern auch in den Municipien [25]). Bey ihnen wurden Actionen und Inter-

21) Livius Lib. VIII. cap. 22. Gellius *Noct. Atticar.* Lib. XVI. cap. 7. Seneca *de vita beata* cap. 7. Bey den Aedilen zündeten auch die Brautführer die Hochzeitsfackeln an. Plutarchus *Quaestion. Rom.* cap. 2. S. *Ev.* Ottonis Diss. ad L. XXVII. §. 28. D. ad Leg. Aquil. *Steinvordiae* 1770. §. 42 (in Oelrichs *Collect. Dissertation. histor. antiquario-iurid.* pag. 242. sqq.)

22) Livius VIII. cap. 18. et 22. X. cap. 23. et cap. 31. XXXV. cap. 41. Plinius *Hist. Nat.* Lib. XVIII. c. 8. Valerius Maximus VI. cap. 1. nr. 7. et 10.

23) S. Niebuhr römische Geschichte. 2. Th. S. 417. ff.

24) Varro *de Ling. Lat.* Lib. IV. cap. 14.

25) Suetonius *de claris Rhetor.* cap. 6. Iuvenalis *Satyr.* X. v. 101. *Ev.* Otto de Aedilib. coloniar. et municipior. cap. XIII. §. 1. pag. 442.

dicte, wie bey den Prätoren, angebracht. Auch die Prozeßform war hier die nämliche. Sie sagen in ihrem Edict, wie der Prätor, iudicium dabimus [26]), welches immer auf die Ernennung eines iudex hindeutet. Es ist wohl keinem Zweifel unterworfen, daß auch die Aediles plebis so gut, wie die curules, Recht gesprochen haben, da sie schon vorher, als Gehülfen der Tribunen, das Richteramt versahen [27]). Beyde hatten wenigstens ein gleiches Recht, Geldstrafen zu erkennen [28]), und diejenigen, welche ihren Befehlen und Erkenntnissen keine Folge leisteten, auszupfänden [29]). Unrichtige Gewichte und Maaße ließen sie vernichten [30]), Sachen, die auf die öffentliche Straße hingestellt waren, wegräumen oder zerbrechen [31]), und Waaren, die auf dem Markte zum Verkaufe ausgeboten waren, und nichts taugten, mit den Füssen zertreten, oder in die Tieber werfen [32]). Zu dem

26) *L.* 1. §. 1. *in fin.*, *L.* 19. §. 5. *D. de aedilit. Edicto.* *L.* 38. *pr. D. eodem.*

27) *Io. Christ. Gottl.* Heineccii ad Edictum aedilitium florum sparsio. *Halae* 1738. §. 15.

28) Livius Lib. X. cap. 23. Lib. XXVII. c. 6. L. XXXV. cap. 41. Ovidius *Fastor.* Lib. V. v. 289. Gellius *Noct. Attic.* Lib. X. c. 6. Reinesius Inscript. Cl. IV. Nr. 3. *L. un.* §. 2. *D. de via publica et si quid.*

29) Tacitus *Annal.* Lib. XIII. cap. 28. *Ev.* Otto de Aedilib. coloniar. et municipior. cap. XIII. §. 5. pag. 462. sq.

30) Iuvenalis Sat. X. v. 101. Persius Sat. I. v. 129. *L.* 13. §. 8. *D. Locati.*

31) *L.* 12. *D. de peric. et comm. rei vend.*

32) Apuleius Lib. I. Verb. Sed enim Pytheas. pag. 20. edit. *Altenb.* Plautus *in Rud.* Act. II. Sc. 3. v. 42. et 43.

Ende waren sie immer mit Gerichtsdienern umgeben, durch welche sie ihre Befehle auf der Stelle vollstrecken [33]), ja nicht selten auch diejenigen mit Ruthen aushauen ließen, welche die Policeygesetze übertreten hatten [34]). Ihre Jurisdiction griff oft in die des Prätors so tief ein, daß man z. B. die stipulationes aedilitiae mit unter den prätorischen begriff [35]), ja sie gieng auf die Prätoren ganz über, wenn in einem Jahre, wie der Fall bey den Römern nicht selten war [36]), keine Aedilen waren erwählt worden [37]). Da bey allen Arten der Policey, be-

33) Apuleius a. a. O. Verb. His actis. pag. 19. nennt diese Gerichtsdiener mit einem in dieser Bedeutung seltnen Namen Lixae. Sie werden auch Apparitores und Limocincti genennt. Reinesius Inscript. Cl. VI. nr. 44. Es waren Servi publici. Isidorus Lib. XIII. *Origin.* cap. 14. sagt daher: *Limus* vocabulum accepit cingulum, quo servi publici cingebantur obliqua purpura, quo ad ministeria essent aptiores. S. *Laur.* Pignorius de servis p. 62. Die *Statores* in der *L.* 10. *D. Ex quib. caus. majores* sind vermuthlich die nämlichen. S. *Ev.* Otto de aedilit. colon. Cap. XIII. §. 8. S. 480.

34) Suetonius in Tiberio Claudio Druso. Cap. 38. *L.* 12. *D. de De curionib. Ev.* Otto de aedilib. coloniar. et municipior. Cap. 13. §. 6. pag. 471. sqq.

35) *L.* 5. *pr. D. de Verb. obligat.* §. 2. *I. de divis. stipulat.*

36) Ein Beyspiel erzählt Dio Cassius Lib. XLIX. pag. 410. vom Jahre 717. der Erb. Roms: Eodem anno neque *Aedilis* quisquam fuit, ob penuriam eorum, qui deligendi erant, sed ipsorum munera Praetores et tribuni plebis obibant. Man sehe noch Dio Cassius Lib. LV. p. 565.

37) S. *Iac.* Cujacius Observation. L. VIII. Cap. 38.

sonders aber bey der über den Verkauf der Waaren, deren Maaß, Gewicht und Aechtheit, eine Einheit der Normen unentbehrlich war, folglich die ädilizischen Edicte nicht blos für alle Distrikte Roms, sondern auch in den Provinzen gelten mußten; so übertrug man die Abfassung dieser Edicte den curulischen Aedilen wegen ihres ausgezeichnet hohen Ranges, und machte es den plebejischen Aedilen zur Pflicht, das Edict der ersten in ihrem District zu befolgen[38]. Daher läßt sich's nun erklären, warum nirgends Edicte der plebejischen Aedilen genannt werden, selbst da nicht, wo von Edikten im Allgemeinen die Rede ist[39]. Justinian sagt in seinen Institutionen[40] ganz bestimmt: Proponebant et *Aediles Curules* Edictum de quibusdam causis, quod et ipsum *iuris honorarii portio* est; und Theophilus fügt in seiner griechischen Paraphrase noch den merkwürdigen Umstand hinzu, *τὰ δὲ τούτων ἔδικτα ἐκράτει καὶ ἐν ταῖς ἐπαρχίαις*; i. e. *horum autem Edicta obtinebant etiam in provinciis*[41].

38) S. Thibaut civilist. Abhandlungen a. a. O. S. 144. f.

39) Heineccius Florum sparsio cit. §. 4—6.

40) §. 7. *Instit. de iure nat. gent. et civ.*

41) Hierauf zielt auch vielleicht das ubique bei Ulpian *L.* 37. *D. h. t.* Ein vorzüglich wichtiges Zeugniß ist jedoch die Stelle des Petronius *Satyr.* Cap. 53. welche *Ev.* Otto de aedilibus colon. et municip. Cap. XIII. §. 3. pag. 451. anführt. Deswegen schrieb auch wohl Papinian seinen Ἀστυνόμικον μονοβιβλον, woraus die *L. un. D. de via publica, et si quid in ea* entlehnt ist, um die Aedilen der griechischen Städte mit dem Edict der römischen Aedilen, welches auch in den Provinzen galt, näher bekannt zu machen. Der Scholiast des

Auch die Klassiker gedenken immer nur der curulischen Aedilen, wenn sie von den ädilizischen Edikten reden, und eben so werden in den Inscriptionen der Fragmente in den Pandekten die Commentare des Cajus, Ulpianus und Paulus nicht anders citirt, als unter dem Titel der *libri ad Edictum Aedilium Curulium*[42]). Hieraus erklärt sich ferner, warum die Aediles nicht nur in ihrem Edict immer im Pluralis sprechen[43]), sondern auch von den römischen Rechtsgelehrten immer im Pluralis angeführt werden: aiunt Aediles, iubent Aediles, volunt Aediles, praecipiunt Aediles[44]) u. s. w. So wie die Jurisdiction der Aedilen häufig in die des Prätors eingriff, so finden wir auch Beyspiele, daß beyde über die nämlichen Gegenstände Edicte gemacht ha-

Demosthenes *ad Orat. contra Timocratem* p. 819. unterscheidet zwar zwischen Ἀγορανόμοι und Ἀστυνόμοι, so, daß jene die Oberaufsicht über den Verkauf der Waaren, diese aber über die Wege und Reinlichkeit der Straßen gehabt hätten; allein daß wirklich beyder Amt zusammengeflossen, und beyde Municipal-Aedilen gewesen seyen, beweißt eine ganz deutliche Stelle bey Libanius *Declamat.* 36. p. 794., welche *Ev.* Otto de aedilib. colon. et municip. Cap. IX. §. 7. pag. 330. gegen Cujaz anführt, welcher in Observat. Lib. XXII. cap. 31. läugnet, daß die Astynomi in den griechischen Landstädten Aedilen gewesen wären.

42) Man vergleiche die Inscription der *L.* 31. *D. de pactis* und die Inscriptionen der meisten Fragmente des gegenwärtigen Pandecten-Titels.

43) *L.* 1. §. 1. *L.* 38. *pr. D. h. t.*

44) *L.* 1. §. 1. *L.* 17. §. 17. *L.* 19. §. 5. *L.* 23. §. 1. *L.* 25. *pr. L.* 37. *L.* 38. *pr. L.* 40. §. 1. *D. h. t.*

ben[45]). Man denke an die Edicte, welche die Prätoren über die Sicherheit der öffentlichen Wege[46]), ferner über Leichenkosten gegeben haben, worüber auch die Aedilen edicirt hatten[47]). Ob nun wohl die Edicte der curulischen Aedilen einen Theil des iuris honorarii ausmachten, wie Justinian[48]) sagt, so sind doch nur wenig in die Pandecten aufgenommen worden. Das wichtigste unter diesen ist das über den Verkauf fehlerhafter Sachen, von welchem dieser Titel handelt. Wie nach dem Abgange der Ae-

45) Cujacius Lib. VIII. Observat. cap. 38.

46) Vid. Tit. Dig. *de his, qui effuderint vel dejecerint* et Tit. *Ne quid in loco publico vel itinere fiat.* Paulus Sententiar. receptar. Lib. I. Tit. 15. §. 2 führt noch ein Beyspiel an: Feram bestiam in ea parte, qua populi iter est, colligari *Praetor* prohibet. Et ideo sive ab ipsa, sive propter eam ab alio alteri damnum datum fuerit, pro modo admissi *extra ordinem* actio in dominum vel custodem datur: maxime si ex eo homo perierit, vel fuerit laesus. Allein eines Theils ist es hier noch zweifelhaft, ob nicht das Wort *Praetor* für Aedilis steht, wie *Ger.* Noodt Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 6. glaubt; andern theils hat schon *Ant.* Schulting in Iurispr. vet. Antejustin. bey dieser Stelle des Paulus not. 15. pag. 254. erinnert, daß weder der Prätor, noch die Aedilen eine solche coercitio extraordinaria, von welcher hier die Rede ist, hätte auferlegen können, weil beyde kein imperium merum gehabt hätten. Man sehe auch Wintgens Diss. de animalibus ferocibus, qua vulgo iter fit, non habendis. Cap. V. pag. 174. sq.

47) Cicero *Philipp.* IX. cap. ult. Ovidius *Fastor.* Lib. VI. v. 663. S. Heineccii ad Edictum aedilit. florum sparsio. Cap. II. §. 8. pag. 54. sqq.

48) §. 7. *I. de iure nat. gent. et civ.*

dien das ganze Policeywesen mit der Criminaljustiz auf den Praefectus urbi überging [49]); so wurden zwar auch von diesem neuen kaiserlichen Magistrate, Edicte in Policeysachen gemacht, von welchen z. B. das Edictum Apronianum bekannt ist [50]); allein keines derselben ist in das Corpus iuris Rom. aufgenommen worden.

Das Edictum aedilitium, wovon dieser Titel handelt, besteht aus drey Kapiteln [51]). Das erste handelt

49) *L.* 1. *pr.* *et* §. 9. *et* 11. *D. de officio praef. urbi.* S. PANCIROLI Notitia dignitatum utriusque Imperii. Tom. II. cap. 4. pag. 13. sqq. und *Mich. Conr.* CURTIUS Commentarior. de Senatu Rom. post tempora reip. lib. (*Halae* 1768.) Lib. II. cap. 9. §. 49.

50) S. *Car. God.* WINCKLERI Commentat. I. et II. de Edicto Aproniano. *Lipsiae* 1743 *et* 1745. 4.

51) Ueber dieses Edict haben commentirt *Hugo* DONELLUS de aedilitio Edicto. *Io.* STRAUCHII Dissertation. aedilitiar. I. et II. *Ienae* 1671. *Io. Wilh.* ROEVESTRUNCK Meditationes aedilitiae ad Tit. Dig. de aedilit. Edicto et Cod. de aedilit. action. *Augustae Vindelicorum* 1704. 4. *Io. van der* WAEYEN Diss. de aedilitio edicto. *Lugd. Batav.* 1720. 4. *Dan. van* ALPHEN Diss. ad Edictum aedilitium. *Lugduni Batavor.* 1734. 4. *Io. Christ. Gottl.* HEINECCIUS ad Edictum aedilitium florum sparsio. *Halae* 1738. 4. Cap. III. *Ios. Mar.* SCHNEIDT Diss. de aedilitio Edicto. *Wirceb.* 1770. Ernst Christ. Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kaufe ꝛc. 1. Th. S. 287. ff. Münters Roßtauscherrecht. Hannover 1796. 8. und Etwas über das Edictum aedilitium in Affal und Demlers Blättern für Jurisprudenz, Policey und Cultur 1. Band 2. Heft (Jena 1800.) Nr. 1. S. 83—91.

vom Verkaufe fehlerhafter Sklaven[52]), das andere vom Verkaufe fehlerhaften Viehes[53]), das dritte von dem Halten gefährlicher Thiere[54]). Das letztere ist schon an einem andern Orte[55]) vorgekommen. Hier ist also noch von den beyden ersten Kapiteln des Aedilizischen Edicts zu handeln. Den Inhalt derselben hat Gerhard Noodt[56]) aus den Fragmenten dieses Titels auf folgende Art restituirt.

## Caput I.

### De venditione mancipiorum.

§. 1. Qui mancipia vendunt, certiores faciant emtores quid morbi vitiiue cuique sit, quis fugitivus errove sit, noxave solutus non sit, eadem que omnia, quum ea mancipia venibunt, palam recte pronuncianto[57]).

52) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

53) *L.* 38. *pr. D. eodem.*

54) *L.* 40. 41. *et* 42. *D. eodem.*

55) S. den 10. Th. §. 692. S. 272.

56) Commentar. ad Dig. h. t. *Operum* Tom. II. p. 450. sqq.

57) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* Es scheint, daß Julian die Worte des ädilizischen Edikts nicht so, wie sie ursprünglich gelautet haben, in das Edictum perpetuum aufgenommen habe. Denn Gellius, welcher doch Julians Zeitgenosse war, (S. Dodwell Diss. de aetate peripli maris Euxini §. X. Tom. I. *Geograph. min.* pag. 117.) trägt sie in *Noct. Att.* Lib. IV. cap. 2. ganz anders vor. In Edicto aedilium curulium, sagt Gellius, nach der Gronovischen und Conradischen Ausgabe, qua

§. 2. Quod si mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit, quum veniret, fuisset: quod eius praestari oportere dicetur, emtori omnibusque, ad quos ea res pertinet, (in eum, qui vendidit, cuiusve maxima pars in ea venditione fuit, in sex mensibus, quibus experiundi potestas erit,) [58]) iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur [59]).

§. 3. Si quid autem post venditionem traditionemve deterius emtoris opera, familiae, procuratorisve eius factum erit, sive quid ex eo post venditionem natum, adquisitum fuerit, et, si quid aliud in venditione ei accesserit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emtorem, ut ea omnia restituat [60]).

parte de mancipiis vendundis cautum est, scriptum sic fuit: *Titulus scriptorum singulorum, utei scriptus sit, coerato* (i. e. curato), *ita utei intelligi recte possit, quid morbi vitiive quoique sit, quis fugitivus errove sit, noxave solutus non sit.* Was hier vom Titulus gesagt wird, geht darauf, daß man den Sclaven beym Verkaufe eine Tafel um den Hals zu hängen pflegte, worauf ihre Eigenschaften geschrieben standen. Propertius Lib. I. *Eleg.* 5. Seneca Epist. 47. Suetonius *de claris Grammaticis.* c. 4. S. Ranchinus Variar. Lection. Lib. I. cap. 4.

58) Diese hier eingeschlossenen Worte sind aus *L.* 44. §. 1. und *L.* 19. §. 6. *D. h. t.* zu ergänzen.

59) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

60) *L.* 1. §. 1. *D. eodem.*

§. 4. Quod si praestita ea sint, et quanta pecunia pro eo homine soluta, accessionisve nomine data erit, arbitrio iudicis non reddetur, cuiusve pecuniae quis eo nomine obligatus erit, non liberabitur [61]): tantae pecuniae, ceterarumque rerum venditor ei in duplum ut condemnetur [62]): item si quas accessiones ipse praestiterit, ut recipiat [63]).

§. 5. Item si quod mancipium capitalem fraudem admiserit, mortis consciscendae sibi causa quid fecerit, inve arenam depugnandi causa ad bestias intromissum fuerit, ea omnia in venditione pronuncianto [64]).

§. 6. Item nationem cuiusque pronuncianto [65]). Item praecipimus, ne veterator pro novitio veneat [66]). Ex his enim causis iudicium dabimus [67]).

§. 7. Item in hisce causis mancipium non esse, et habere licere emtori, si postulabit, in duplum cavento. Si contra factum erit, intra duos menses, ut redhibeatur, vel quanti emtoris intersit, intra sex menses iudicium dabimus [68]).

61) *L.* 25. §. 9. *D. h. t.*

62) *L.* 45. *D. eodem.*

63) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

64) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

65) *L.* 31. §. 21. *D. eodem.*

66) *L.* 37. *D. eodem.*

67) *L.* 1. §. 1. *D. eodem.*

68) *L.* 28. *D. h. t.* *L.* 31. §. 20. *D. eod.*

§. 8. Item si quid ita venierit, ut, nisi placuerit, redhibeatur, intra sexaginta dies, non ultra, nisi causa cognita, iudicium dabimus[69]).

§. 9. Item omnium rerum nomine, quae supra scriptae sunt, quanto minoris, cum venirent, fuerint, intra annum iudicium dabimus[70]).

§. 10. Hoc amplius, si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, iudicium dabimus[71]).

§. 11. De mancipio, quod ei rei accessit, quae minoris esset, iudicium non dabimus[72]).

## Caput II.

### De venditione iumentorum.

§. 1. Qui iumenta vendunt, palam recte dicunto, quid in quoque eorum morbi vitiive sit: uti quae optime ornata vendendi causa fuerint, ita emtoribus tradentur.

§. 2. Si quid ita factum non erit, de ornamentis restituendis, iumentisve ornamentorum nomine redhibendis, in diebus sexaginta: morbi autem vitiive causa inemtis faciendis, in sex mensibus: vel quo minoris, cum venirent, fuerint, in anno iudicium dabimus.

69) *L.* 31. §. 22. *D. h. t.*

70) *L.* 18. *pr. L.* 19. §. 6. *L.* 43. §. 6. *D. eodem.*

71) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

72) *L.* 44. *pr. D. eodem.*

§. 3. Si iumenta paria simul venierint, et alterum in ea causa fuerit, ut redhiberi debeat, iudicium dabimus, quo utrumque redhibeatur [73]).

§. 4. Quae de iumentorum sanitate diximus, de caetero quoque pecore omni venditores faciunto [74]).

Verbindet man beyde Kapitel des Edicts mit einander, so läßt sich der Inhalt desselben in folgende Hauptsätze zusammenfassen.

I. Sclaven- und Viehhändler sollen den Käufern bestimmt anzeigen, ob und was die Sache für Fehler hat. Der Fehler sey Krankheit oder Gebrechen, wenn er nur in einer der Brauchbarkeit der Sache nachtheiligen Abweichung von der regelmäßigen Beschaffenheit derselben besteht, und nicht schon von selbst in die Augen fällt. Zwar unterscheidet Labeo bey Sabinus zwischen morbus und vitium, wie Ulpian [75]) bemerkt, indem er

73) *L.* 38. *pr. D. h. t.*

74) *L.* 38. §. 5. *D. eodem.*

75) *L.* 1. §. 7. *D. h. t.* Diese Stelle ist aus Gellius *Noct. Attic.* Lib. IV. cap. 2. zu ergänzen, wo er sagt: Caelius Sabinus in libro, quem de edicto Aedilium curulium composuit, Labeonem refert, quid esset *morbus*, hisce verbis definivisse: Morbus *est habitus cuiusque corporis contra naturam, qui usum eius facit deteriorem.* Die folgenden Worte der Definition, welche Ulpian noch anführt, stehen bey Gellius nicht. Anders giebt den Unterschied zwischen morbus und vitium Modestin an *L.* 101. §. 2. *D. de Verb. Signif.* Daß es nur allein darauf ankomme, ob der Fehler den Gebrauch der Sache hindert, oder nicht, lehrt auch Paulus *L.* 5. *D. h. t.*

unter *morbus* habitum cuiusque corporis contra naturam, qui usum eius ad id facit deteriorem, cuius causa natura nobis eius corporis sanitatem dedit, unter *vitium* aber quamcunque corporis etiam sani imperfectionem, versteht; utputa si quis balbus sit: nam hunc vitiosum magis esse, quam morbosum. Allein Ulpian meint, die Aedilen hätten zwischen morbus und vitium keinen Unterschied gemacht, sondern beyde Worte nur darum zugleich gebraucht, um keinen Zweifel übrig zu lassen, der vielleicht sonst deshalb hätte entstehen können. Ego puto, sagt er, Aediles, *tollendae dubitationis gratia*, bis κατὰ τοῦ ἀυτοῦ, id est, *de eodem*, idem dixisse, *ne qua dubitatio superesset.* Es ist auch nach dem Edict gleichviel, ob der Fehler die Brauchbarkeit der Sache ganz aufhebt, oder nur vermindert, wenn nur der Fehler nicht ganz unbedeutend ist. Proinde si quid tale fuerit vitii, sive morbi, sagt Ulpian *L.* 1. §. 8. *D. h. t.* quod usum ministeriumque hominis impediat, id dabit redhibitioni locum: dummodo meminerimus, non utique quodlibet quam levissimum efficere, ut morbosus vitiosusve habeatur. Proinde levis febricula, aut vetus quartana, quae tamen iam sperni potest, vel vulnusculum modicum, nullum habet in se delictum, quasi pronunciatum non sit: contemni enim haec potuerunt. Eben so lehrt Pomponius

Et quantum interest inter haec vitia, quae Graeci κακοηθείαν, *vitiositatem*, dicunt, interque πάθος, id est, *perturbationem*, aut νόσον, id est, morbum, aut ἀρρωστίαν, id est, *aegritudinem*, tantum inter talia vitia, et eum morbum, *ex quo quis minus aptus usui sit*, differt.

bey Ulpian, wenn er *L.* 4. §. 6. *D. eodem* sagt: Non omnem morbum dare locum redhibitioni, utputa levis lippitudo, aut levis dentis auriculaeve dolor, aut mediocre ulcus. Non denique febriculam quantulamlibet ad causam huius Edicti pertinere. Eben derselbe Pomponius sagt ferner bey Ulpian[76]), daß das Edict sich ohne Unterschied auf bleibende und vorübergehende Fehler erstrecke. Jedoch schränkte es die Interpretation bey Sklaven blos auf die Fehler und Krankheiten des Körpers ein. Gemüthsfehler und Seelenkrankheiten gehören nicht für das Edict, ausgenommen, so weit es derselben namentlich gedenkt. Als solche Gemüthsfehler werden dann angeführt, wenn der Sklave ein fugitivus, d. h. ein solcher ist, der seines Herrn Haus in der Absicht verlassen hatte, um nie wieder zu ihm zurückzukehren, und dem also nicht zu trauen war, daß er wieder entlaufen werde[77]). Ferner wenn er ein Erro ist, d. h. ein solcher, der gern herumschweift, öfters ohne Ursach ausgeht, bey allen Kleinigkeiten und unnützen Dingen verweilt, und später zurückkommt, als er sollte[78]). Desgleichen, wenn er sich eines so schweren Verbrechens schuldig gemacht hat, welches eine Capitalstrafe nach sich zieht. Excipitur etiam ille, sagt Ulpian, *L.* 23. §. 2. *D. h. t.* qui capitalem fraudem admisit. *Capitalem*

76) *L.* 6. *pr. D. h. t.* Pomponius recte ait, non tantum ad perpetuos morbos, verum ad temporarios quoque hoc Edictum pertinere.

77) Welcher Sklave im Sinne des Edikts ein fugitivus zu nennen sey, wird weitläufig *L.* 17. und *L.* 43. §. 1 — 3. *D. h. t.* erörtert. S. Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kaufe. §. 429.

78) *L.* 17. §. 14. *D. h. t.*

*fraudem admittere* est, tale aliquid delinquere, propter quod capite puniendus sit. Veteres enim *fraudem* pro poena ponere solebant. Capitalem fraudem admisisse accipiemus, dolo malo et per nequitiam. Caeterum si quis errore, si quis casu fecerit, cessabit Edictum. Endlich wenn der Sklave aus Lebensüberdruß einen Selbstmord versucht, oder sich zum Thiergefecht hatte gebrauchen lassen. Denn man mußte hier besorgen, der Sklave werde das, was er gegen sich selbst unternommen, auch leicht an einem Andern begehen. Excipitur et ille, fährt daher Ulpian fort *L.* 23. §. 3. *D. eodem*, qui mortis consciscendae causa quid fecerit. *Malus servus* creditus est, qui aliquid facit, quo magis se rebus humanis extrahat: utputa laqueum torsit, sive medicamentum pro veneno bibit, praecipitemve se ex alto miserit, aliudve quid fecerit, quo facto speravit mortem perventuram: tamquam non nihil in alium ausurus, qui hoc adversus se ausus est [79]. Diese Ausnahmen abgerechnet, beschränkte man das Edict der Aedilen nur auf körperliche Mängel der Sklaven. Für Fehler des Gemüths, welche in dem Edict nicht namentlich erwähnt sind, haftete der Verkäufer aus demselben anders nicht, als wenn er entweder dafür zu stehen versprochen hatte, oder der Fehler des Gemüths von einer körperlichen Krankheit herrührte. Doch konnte deshalb ex emto geklagt werden, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

79) Man vergleiche über dieses Gesetz PÜTTMANN Probabil. iuris civ. Lib. II. cap. 8. KOEHLER Interpret. et Emendat. iur. Rom. Lib. I. cap. 5. §. 10. und Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kaufe. §. 435.

*L.* 4. §. 3. *D. h. t.* ULPIANUS *libro* 1. *ad Edictum Aedil. curulium.* Et videmur hoc iure uti, ut *vitii morbique* appellatio non videatur pertinere, *nisi ad corpora. Animi autem vitium ita demum praestabit venditor, si promisit; si minus, non:* et ideo nominatim *de errone et fugitivo* excipitur; hoc enim animi vitium est, non corporis.

§. 4. *eiusd. L.* In summa, *si quidem animi tantum vitium est,* redhiberi non potest, nisi si dictum est, hoc abesse, et non abest: *ex emto* tamen agi potest, si sciens id vitium animi reticuit. Si autem corporis solius vitium est, aut et corporis et animi mixtum vitium, redhibitio locum habebit.

*L.* 1. §. 9. *D. eod.* ULPIANUS eod. lib. Apud VIVIANUM quaeritur, si servus inter fanaticos non semper caput iactaret, et aliqua profatus esset, an nihilominus sanus videretur? Et ait VIVIANUS, nihilominus hunc sanum esse: neque enim nos, (inquit) minus animi vitiis aliquos sanos esse intelligere debere: alioquin (inquit) futurum, ut in infinito hac ratione multos sanos esse negaremus; utputa levem, superstitiosum, iracundum, contumacem, et si qua similia sunt animi vitia: magis enim *de corporis sanitate,* quam *de animi vitiis* promitti.[d] Interdum tamen, inquit, vitium corporale usque ad animum pervenire, et eum vitiare; veluti contingeret φρενητικῷ, id est, mente capto, quia id ei ex febribus acciderit. Quid ergo est? si quid sit animi vitium tale, ut id a venditore

excipi oporteret; neque id venditor, cum sciret, pronunciasset: *ex emto* eum teneri [80]).

§. 10. *eiusd. L.* Idem VIVIANUS ait, quamvis aliquando quis *circa fana bachatus sit* [81]), et responsa reddiderit, tamen, si nunc hoc non faciat, nullum vitium esse. Neque eo nomine, quod aliquando id fecit, actio est: sicuti si aliquando febrem habuit. Caeterum, si nihilominus permaneret in eo vitio, ut circa fana bachari soleret, et quasi demens responsa daret, etiamsi *per luxuriam* [82]) id factum est, vitium tamen esse; sed *vitium animi*, non corporis: ideoque redhiberi non posse; *quoniam Aediles de corporalibus vitiis loquuntur:* attamen *ex emto actionem* admittit.

§. 11. *eiusd. L.* Idem dicit etiam in his, qui praeter modum *timidi, cupidi, avarique* sunt, aut *iracundi.*

*L. 2. D. eodem.* PAULUS *lib. 1. ad Edictum Aedilium Curulium.* Vel *melancholici.*

80) Dieses Gesetz erläutert BUDAEUS in Annotation. in Pand. h. t. fol. 180.

81) Der Ausdruck *circa fana bachari* wird von den Fanatikern gebraucht, welchen religiöse Schwärmerey den Kopf verrückt hatte, und die aus Begeisterung, und vermeintlicher Eingebung eines höhern Wesens, künftige Dinge prophezeyten.

82) BUDAEUS in Annotat. in Pand. h. t. fol. 181. b. hält die Leseart per luxuriam für fehlerhaft, und will dafür lieber *plurifariam* lesen. Allein, daß diese Emendation ganz unnöthig sey, hat schon *Ant.* AUGUSTINUS Emendation. et Opinion. Lib. IV. cap. 11. gezeigt. *Luxuria* heißt hier soviel, als Muthwille, Uebermuth.

*L. 4. pr. D. eodem.* ULPIANUS *lib. 1. ad Edict. Aedil. curulium.* Ob quae vitia negat redhibitionem esse, ex emto dat actionem.

§. 1. *eiusd. L.* Sed si vitium corporis *usque ad animum* penetrat, forte si propter febrem loquantur aliena, vel qui per vicos more insanorum deridenda loquantur; *in quo sit* [83]) *animi vitium ex corporis vitio accidit*, redhiberi posse.

§. 2. *eiusd. L.* Item aleatores et vinarios non contineri Edicto, quosdam respondisse, POMPONIUS ait; quemadmodum nec gulosos, nec impostores, aut mendaces, aut litigiosos.

Nur bey Thieren fällt der Unterschied zwischen vitium animi und corporis weg [84]), wie uns Paulus lehrt *libro 1. ad Edictum Aedilium curulium*, woraus die *L. 43. D. h. t.* genommen ist, deren Anfang so lautet: Bovem, qui cornu petit, vitiosum esse pleri-

83) So lieset die Florentine. Allein diese Leseart ist offenbar unrichtig. Richtiger lieset Haloander *sic* statt *sit*, welche Leseart auch Brenkmann in der Göttingischen Ausgabe billiget. Unser Erlanger Codex hat *si*, und dieser Leseart giebt Westphal Lehre des gemeinen Rechts vom Kaufe §. 439. a. E. den Vorzug. KOEHLER Interpret. et Emendation. iur. Rom. Lib. I. cap. 14. §. 3. glaubt jedoch, es müsse statt *sit*, nach den Scholien der Basiliken T. II. p. 405, *si id* gelesen werden. Von allen diesen abweichend, und sehr unwahrscheinlich, ist die Leseart des Baudoza Cestius: in quo *simile* animi vitium ex corporis vitio acciderit.

84) *Franc.* BALDUINUS Annotation. in hunc Titulum Pand. pag. 873. in *Iurisprud. Rom. et Attica* Tom. I. und Schweppe Röm. Privatrecht. 2. B. §. 382.

que dicunt: Item mulas, quae *cessum dant* [85]): ea quoque iumenta, quae sine causa turbantur, et semetipsa eripiunt [86]), vitiosa esse dicuntur. Daß aber auch wegen solcher Fehler bey Thieren die Redhibition nach dem Edict Statt habe, erhellet aus *L.* 38. §. 8. 9. u. 10. *D. h. t.* [87]); und daß die hier genannten Fehler vitia animi, nicht corporis sind, bemerkt Ulpian *L.* 4. §. 3. *D. h. t.* bey der Gelegenheit, da er von diesem Unterschiede bey Sklaven handelt, indem er sagt:

85) So nach der florentinischen Leseart. Haloander hat: *quae cessim eunt*, i. e. quae retrogradiuntur, welche rückwärts gehen. Daß dieses ein Fehler bey den Pferden sey, lernen wir aus Pollux Lib. I. c. 11. p. 198. Baudoza: quae pessum dant, i. e. quae calcitrant, welche hinten ausschlagen. Eben so lieset auch der Erlanger Codex. Mit dieser Leseart stimmen auch die *Basilica* überein, welche Tom. II. Lib. XIX. Tit. 10. Const. 9. so übersetzen, καὶ ἡ λακτίζουσα μοῦλα, i. e. mula calcitrosa. Cessim ire heißt hingegen ἀναχειτίζειν. Die Redensart *pessum dare* für calcitrare hat freylich eine ungewöhnliche Bedeutung, und ließe sich nur tropisch erklären, wie z. B. bey Plautus in *Mercatore* Act. V. Sc. II. v. 6. Dahingegen ist statt cessim ire, auch *cessim dare* nicht ungewöhnlich. Plautus in *Casina*. Act. V. Sc. III. v. 16. Florus Lib. IV. c. 2. Man vergleiche übrigens *Car. Andr.* Duckeri Opuscula varia de Latinitate ICtor. vet. pag. 432. sq. not. 28.

86) In den Basiliken a. a. O. heißt es: Καὶ τὰ ὑποζύγια τα ἀναιτίως θορυβούμενα, καὶ φεύγοντα, d. i. welche plötzlich und ohne Ursache scheu und flüchtig werden.

87) Voet in Comm. ad Pand. h. t. §. 8. meint zwar, die vitia animi bey Thieren kämen nur in Beziehung auf die actio emti in Betrachtung. Allein man sehe Balduinus in Annotation. ad L. 4. §. 3. D. h. t. pag. 881.

Unde quidam *jumenta pavida* et *calcitrosa* morbosis non esse adnumeranda dixerunt: *animi enim, non corporis, hoc vitium esse.* Es entstand hierbey die Frage, ob es ein Fehler sey, wenn ein Zugthier sich nicht umspannen läßt, sondern z. B. gewöhnt ist, nur an der rechten Seite der Deichsel zu gehen, an der linken Seite aber durchaus nicht ziehen will? Pomponius behauptete, daß dieses kein Fehler sey, weshalb geklagt werden könne, weil dieß der Fall bey den meisten Zugthieren sey. Leidet es hingegen gar kein zweytes Zugthier neben sich, oder läßt es sich unter keinem andern Joche einspannen, als dem gewohnten des Verkäufers, so eigne sich dieser Fehler zur Redhibition.

*L.* 38. §. 8. *D. h. t.* ULPIANUS *lib.* 2. *ad Edictum Aedilium curulium.* Quaesitum est, si mula talis sit, ut transjungi non possit, an sana sit? Et ait POMPONIUS sanam esse: plerasque denique carrucarias tales esse, ut non possint transjungi.

§. 9. *eiusd. L.* Idem ait, si nata sit eo ingenio, aut corpore, ut alterum jugum non patiatur, sanam non esse.

§. 10. Non tantum autem ob morbum, vitiumve redhibitio locum habebit in jumentis, verum etiam si contra dictum, promissumve, erit locus redhibitioni, exemplo mancipiorum.

Aus dieser Stelle ergiebt sich zugleich der zweyte Hauptsatz des Edicts.

II. Hat der Verkäufer noch besondere Eigenschaften der Sache bestimmt angegeben, oder versprochen, so muß er dieselben, wenn auch sonst deren Abwesenheit kein Feh-

ler gewesen wäre, wo nicht in der größten Vollkommenheit, doch wenigstens in einem erträglichen Grade gewähren. Er haftet daher, wenn sie auch nicht einmal in diesem Grade vorhanden sind.

*L.* 18. *pr. D. h. t.* CAIUS *libro* 1. *ad Edictum Aedilium curulium.* Si quid venditor de mancipio affirmaverit, idque non ita esse emtor queratur: aut redhibitorio, aut aestimatorio, id est, quanto minoris, iudicio agere potest: verbi gratia, si constantem, aut laboriosum, aut curracem [88]), aut vigilacem [89]) esse, aut ex frugalitate sua peculium adquirentem adfirmaverit: et is ex diverso levis, protervus, desidiosus, somniculosus, piger, tardus, comesor [90]) inveniatur; haec omnia viden-

88) Eigentlich curacem, wie Haloander und Baudoza lesen, womit auch der Erlanger Codex übereinstimmt. Es heißt dann soviel als sorgsam. S. DUCKER Opusc. de Latinitate ICtor. vet. pag. 342. Die *Basilica* Lib. XIX. Tit. 10. Const. 5. nach Fabrot Tom. II. pag. 399. haben aber τροχαλὸς, darnach wäre also die Leseart currax richtiger, und hieße dann ein Läufer, oder geschickt zum Laufen. In der That ist auch der Ausdruck currax noch bedeutender und empfehlender. Er enthält, ausser der Bedeutung einer Schnelligkeit im Laufen, auch noch das Lob einer besondern Geschicklichkeit und unverdrossenen Sorgfalt in Ausrichtung der Befehle des Herrn. S. *Scip.* GENTILIS Parergor. ad Pand. Lib. I. cap. 17. pag. 41. sqq.

89) Statt vigilantem, nach der Analogie von emax und vendax. S. *Corn. van* BYNKERSHOEK Observat. iuris Rom. Lib. I. cap. 25. pag 69.

90) Statt commessator, wie auch BUDAEUS in Annotat. ad L. 18. lesen will. Allein die Leseart *Comesor* ist unstreitig richtiger. ISIDORUS *Lib. X. Origin.* sagt: *Comesor,*

tur eo pertinere, ne id, quod adfirmaverit venditor, amare[91]) ab eo exigatur, sed cum quodam temperamento: ut si forte constantem esse adfirmaverit, non exacta gravitas et constantia, quasi a philosopho, desideretur, et si laborosum et vigilacem esse adfirmaverit, non continuus labor per dies noctesque ab eo exigatur: sed haec omnia ex bono et aequo modice desiderentur. Item et in caeteris, quae venditor adfirmaverit, intelligemus.

*L.* 19. §. 4. *D. eodem.* ULPIANUS *Lib. I. ad Edictum Aedilium curulium.* Illud sciendum est, si quis artificem promiserit, vel dixerit, non utique perfectum eum praestare debet: sed ad aliquem modum peritum, ut neque consummatae scientiae accipias, neque rursum indoctum esse in artificium: sufficiet igitur talem esse, quales vulgo artifices dicuntur.

Hätte hingegen der Verkäufer die größte Vollkommenheit von seiner Waare versichert, so würde er auch billig für diesen Grad stehen müssen, wie Cajus lehrt, wenn er *L.* 18. §. 1. *h. t.* sagt: Venditor, qui *optimum coquum* esse dixerit, *optimum in eo artificio*[92]) praestare debet: qui vero simpliciter coquum

a commedendo dictus, est gulae et ventri immoderate deditus. S. DUCKER c. l. p. 409.

91) Das amare haben die *Basilica* Tom. II. pag. 399. so ausgedrückt: *ὀυκ' ἐις ἄκρον ἀπαιτοῦμεν ἀυτὰ προσεῖναι*, i. e. non, ut haec in eo sint ad summum gradum, exigimus.

92) Unser Erlanger Codex lieset hier artificium, so wie auch Haudoza.

esse dixerit, satisfacere videtur, etiam si mediocrem coquum praestet. Idem et in ceteris generibus artificiorum.

Preißt der Verkäufer blos im Allgemeinen seine Waare an, ohne für bestimmte Eigenschaften derselben einzustehen, wie es gewöhnlich die Waarenhändler zu machen pflegen [93]; so gilt dieses für kein verbindliches Versprechen.

*L.* 19. *princ. D. h. t.* ULPIANUS *Lib. I. ad Edictum Aedilium curulium.* Sciendum tamen est, quaedam, etsi dixerit, praestare eum non debere: scilicet ea, *quae ad nudam laudem servi pertinent:* veluti si dixerit, frugi, probum, dicto audientem: ut enim PEDIUS scribit, multum interest, commendandi servi causa quid dixerit, an vero praestaturum se promisserit, quod dixit.

§. 1. *eiusd. L.* Plane, si dixerit, aleatorem non esse, furem non esse [94]), ad statuam numquam confugisse [95]), oportet eum id praestare.

93) Laudat venales qui vult extrudere merces, sagt Horaz Lib. II. Epist. 2. vers. 11.

94) Hatte also der Sklave auch einmal einen Diebstahl begangen, so war es doch nach dem Edikt nicht nöthig, dieses beym Verkaufe desselben dem Käufer anzuzeigen. Hatte hingegen der Verkäufer behauptet, der Sklave sey kein Dieb, so mußte er auch dafür stehen. *L.* 17. *§. ult. L.* 31. *§.* 1. *et L.* 52. *D. h. t.* Doch haftete der Verkäufer auch alsdann ex emto, wenn er wußte, daß der Sklave, den er verkauft hatte, ein Dieb sey, ohne es dem Käufer anzuzeigen. *L.* 13. *§.* 1. *D. de act. Emti vend.*

95) Den Sklaven und Sklavinnen dienten bey den Römern vorzüglich die Statüen der Kaiser zu einem sichern Zufluchtsorte sowohl gegen die Sävitien, als die unkeuschen Zudring-

§. 2. *Dictum* a *promisso* sic discernitur: *dictum* accipimus, quod verbotenus pronunciatum est, nudoque sermone finitur: *promissum* autem potest referri et ad nudam promissionem, sive pollicitationem, vel ad sponsum [96]). Secundum quod incipiet is, qui de huiusmodi causa stipulanti spopondit, et ex stipulatu posse conveniri, et redhibitoriis actionibus: non novum [97]) nam et qui ex emto potest conveniri, idem etiam redhibitoriis actionibus conveniri potest.

§. 3. Ea autem sola dicta sive promissa admittenda sunt, *quaecunque sic dicuntur, ut praestentur: non ut jactentur.*

*L.* 37. *D. de dolo malo.* Ulpianus *libro XLIV. ad Sabinum.* Quod venditor, *ut commendet*, dicit, sic habendum, quasi neque dictum neque promis-

lichkeiten ihrer Herren. *L.* 1. §. 1. *D. de officio praef. urbi.* *L.* 2. *D. de his, qui sui vel alieni iuris sunt.* *L. un. Cod. de his, qui ad statuas Princip. confug.* Dieses Zufluchtsmittel mißbrauchten aber nicht selten die Sklaven zum Nachtheil, und auch zur Beschimpfung ihrer Herren, obwohl übrigens mit diesem Mißbrauch nicht geringe Strafen verknüpft waren. *L.* 28. §. 7. *D. de poenis.* Es war demnach eine besondere Tugend eines Sklaven, wenn er noch nie zu einer Statüe seine Zuflucht genommen hatte. S. *Ge.* D'Arnaud Dissert. de iure servorum. Cap. 11. adject. *Eiusdem* var. Conjectur. iur. civ. *Leovardiae.* 1744. 4.

96) *Ad sponsum* i. e. ad stipulationem.

97) Haudoza liefet hier: et redhibitoriis actionibus eum teneri, non est novum. Eben so auch unser Erlanger Codex.

sum est. Si vero decipiendi emtoris causa dictum est, aeque sic habendum est, ut non nascatur adversus dictum promissumve actio [98]), sed de dolo actio [99]).

*L.* 43. *D. de contrah. emt.* FLORENTINUS *libr.* 8. *Institutionum.* Ea, quae commendandi causa in venditionibus dicuntur, si palam appareant, venditorem non obligant: veluti si dicat, servum speciosum [100]), domum bene aedificatam; at si dixerit hominem litteratum, vel artificem, praestare debet: nam hoc ipso pluris vendit.

III. Der Verkäufer eines iumentum soll auch für die ornamenta haften, in welchen er das Thier zum Verkaufe vorführte.

*L.* 38. §. 11. *D. h. t.* ULPIANUS *libro* 2. *ad Edictum Aedilium curulium.* Vendendi autem causa ornatum iumentum videri CAELIUS ait, non si *sub tempus venditionis*, hoc est, biduo ante venditionem ornatum sit: *sed si in ipsa venditione ornatum*

98) d. h. die Klage aus dem Edikt der Aedilen.

99) Darunter ist nicht die actio ex Edicto de dolo malo zu verstehen, sondern die *actio emti* propter dolum venditoris. Denn es ist bekannt, daß die actio doli, als eine actio subsidiaria, nicht Statt findet, wenn sich der Betrogene mit der actio emti helfen kann. Die praestatio doli liegt aber schon in der Natur der bonae fidei Contracte. *L.* 9. *D. de dolo malo.* *L.* 11. *§.* 5. *L.* 32. *D. de act. emti et vend.* S. POTHIER Pandect. Iustinian. T. I. h. t. Nr. XLI. not. e et f.

100) *Speciosus* heißt hier soviel, als formosus, schön, wohlgestaltet.

*sit:* aut ideo, inquit, venale cum esset, sic ornatum inspiceretur [1]): semperque cum de ornamentis agitur, et in actione et in Edicto, adiectum est, *vendendi causa ornata ducta esse:* poterit enim iumentum ornatum itineris causa duci, deinde venire.

IV. Der Verkäufer soll endlich auch dem Käufer auf sein Verlangen sowohl wegen der Abwesenheit der Fehler, als überhaupt wegen dessen, was erster nach dem Edict zu gewähren hat, Caution bestellen, daß er auf den Fall, wenn sich das Gegentheil fände, das Doppelte leisten wolle.

Theophilus in *Paraphrasi graeca ad* §. 2. *I. de divisione stipulat.* Δεῖ γὰρ τὸν πράτην ἐπερωτᾶσθαι τῷ ἀγοραστῇ, ὡς ἐι πάθος ἑυρεθῇ κρυπτὸν ἐν τῷ πιπρασκομένῳ οἰκέτῃ, παρέξει τὸ διπλάσιον. i. e. Venditor cavere debet emtori, se si latens vitium in servo vendito inveniatur, *duplum* praestaturum.

*L.* 31. *D. de eviction.* Ulpianus *libro XLII. ad Sabinum.* Si ita quis stipulanti spondeat, sanum esse, furem non esse, *vispellionem* [2]) non esse, et cae-

1) Pothier Pand. Iustinian. T. I. h. t. Nr. XLVIII. erklärt diese ihm dunkeln Worte so: si ideo ornamentum inspiciendum datum est, sic quasi ipsum venale esset. Westphal hingegen in der Lehre des gemeinen Rechts vom Kaufe. §. 143. will statt aut ideo, lieber ut ideo lesen. Allein der Sinn scheint mir der zu seyn, oder wenn das Thier, wie Caelius sagt, darum geziert worden ist, weil es verkauft werden sollte, damit es beym Verkaufe, auf solche Art ausstaffirt, desto mehr in die Augen falle.

2) Ob diese Leseart richtig sey, ist sehr zweifelhaft. Sie erscheint wenigstens unter sehr verschiedenen Gestalten. Baudoza lieset Vespertilionem. Eben so unser Erlanger

tera, inutilis stipulatio quibusdam videtur: quia si quis est in hac causa, impossibile est quod promittitur; si non est, frustra est. Sed ego puto verius, hanc stipulationem, *furem non esse*, *vispellionem non esse*, *sanum esse*, utilem esse: hoc enim continere quod interest, horum quid esse, vel horum quid non esse. Sed et si cui horum fuerit adiectum, *praestari*, multo magis valere stipulationem: alioquin stipulatio, quae ab Aedilibus proponitur, inutilis erit, quod utique nemo sanus probabit.

Codex. Haloander Vespillonem. Budäus in Annotat. in Pand. ad h. L. Versipellem. *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. s. Observat. variis ad Pandect. Diss. XIX. §. 5. verwandelt das vispellionem gar in *vel stellionem*, d. h. impostorem. Daß indessen die Leseart Vispellionem wohl nicht zu verwerfen, vielmehr allen andern vorzuziehen sey, erscheint aus *L.* 72. §. 3. *D. de solution.* Es fragt sich nur, was unter dem Ausdruck vispellio zu verstehen sey? Westphal in der Lehre des gemeinen Rechts §. 384. a. E. will darunter einen solchen verstehen, welcher die Gräber beraubte. Auch CUJACIUS in Comm. ad L. 50. D. de pactis erklärte diesen Ausdruck nicht anders. *Vispellionem*, sagt er, ex FULGENTIO malo *cadaverum nudatorem* interpretari. Allein es ist immer noch die Frage, ob cadaverum nudator auch soviel heißt, als sepulcrorum spoliator. Richtiger scheint die Meinung des *Iac.* RAEVARDUS Conjectaneor. Lib. II. cap. 16. zu seyn, welcher aus *L.* 72. §. 5. *D. de solution.* gezeigt hat, daß mit diesem Ausdruck ein solcher Sklave bezeichnet worden sey, welcher entweder wegen einer Kaufsbedingung oder einer Testamentsklausel nicht manumittirt werden konnte. Woher aber dieser Name entstanden sey, ist schwer zu errathen. Es muß doch eine Art von Infamie mit diesem Namen verbunden gewesen seyn.

*L.* 14. *Cod. de action. emti et vend.* Impp. DIOCLETIAN. et MAXIMIANUS *AA. Rufoni.* Emtor servorum certe de his tradendis, et de eorum fuga, itemque sanitate, erronesque non esse, aut noxa solutos, repromitti sibi recte postulat.

*L.* 28. *D. h. t.* CAIUS *libro* 1. *ad Edictum Aedilium curulium.* Si venditor de his, quae Edicto Aedilium continentur, non caveat, pollicentur adversus eum ad redhibendum iudicium, intra duos menses: vel quanti emtoris intersit, intra sex menses.

*L.* 31. §. 20. *D. h. t.* ULPIANUS *libro* 1. *ad Edictum Aedilium curulium.* Quia assidua est *duplae stipulatio*, idcirco placuit, etiam *ex emto* agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat: ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire.

*L.* 37. §. 1. *D. de evictionibus.* ULPIANUS *libro XXXII. ad Edictum.* Quod autem diximus, *duplam promitti oportere*, sic erit accipiendum, ut non ex omni re id accipiamus, sed de his rebus, quae pretiosiores essent: si margarita forte, aut ornamenta pretiosa, vel vestis serica, vel quid aliud non contemtibile veniat. *Per edictum autem Curulium etiam de servo cavere venditor iubetur.*

V. Erfüllt der Verkäufer nicht, was ihm nach dem Edict zu thun obliegt, so soll der Käufer die Wahl haben, entweder auf die Aufhebung des ganzen Handels, oder auf Minderung des Werths und Leistung des Interesse zu klagen.

*L.* 1. §. 1. *D. h. t.* Ulpianus *libro* 1. *ad Edictum Aedilium curulium.* Quod si mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit, cum veniret, fuisset; quod eius praestari oportere dicetur; emtori, omnibusque, ad quos ea res pertinet, iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur.

*L.* 18. *pr. D. eodem.* Gaius *lib.* 1. *ad. Ed. Aedil. cur.* Si quid venditor de mancipio affirmaverit, idque non ita esse emtor queratur: *aut redhibitorio, aut aestimatorio, id est, quanto minoris, iudicio agere potest.*

*L.* 28. *D. h. t.* S. Nr. IV.

*L.* 31. §. 21. *D. h. t.* Ulpianus *eod. libro.* Qui mancipia vendunt, *nationem* cuiusque in venditione pronunciare debent. Plerumque enim natio servi aut provocat, aut deterret emtorem: idcirco interest nostra scire nationem. Praesumtum etenim est, quosdam servos bonos esse, quia natione sunt non infamata; quosdam malos videri, quia ea natione sunt, quae magis infamis est. *Quod si de natione ita pronunciatum non erit, iudicium emtori, omnibusque, ad quos ea res pertinebit, dabitur, per quod emtor redhibet mancipium* [3]).

Man verbinde damit noch den §. 1. und 2. des zweyten Capitals des ädilizischen Edicts.

3) Da die Nation auch den Pferden ähnliche Vorzüge giebt, so ist es wohl keinem Zweifel unterworfen, daß eine falsch angegebene Nation der Redhibition Raum gebe. S. Münter's Roßtauscherrecht. 2. Abschn. §. 14.

## §. 1107.

### Grund des Aedilizischen Edicts. Ausdehnung und Ausnahmen desselben.

Der Grund dieses Edicts beruht unstreitig in der Billigkeit, welche nicht erlaubt, sich Anderer Unwissenheit zu Nutze zu machen, um sich zu bereichern. Es hat daher zur Absicht, den Betrügereyen im Handel vorzubeugen, und die Käufer gegen alle Vervortheilung zu schützen, welcher sie von Seiten der Verkäufer ausgesetzt sind. Diesen Grund führt auch **Ulpian** selbst an, wenn er *L.* 1. §. 2. *D. h. t.* sagt: Causa huius Edicti proponendi est, *ut occurratur fallaciis vendentium, et emtoribus succurratur, quicunque decepti a venditoribus fuerint:* dummodo sciamus venditorem, *etiam si ignoravit ea, quae Aediles praestari iubent,* tamen teneri debere: nec est hoc iniquum, potuit enim ea nota habere venditor: neque enim interest emtoris, cur fallatur, ignorantia venditoris, an calliditate. Nach diesem Ausspruch **Ulpians** entschuldiget auch selbst Unwissenheit den Verkäufer nicht. Denn man nimmt an, er hätte den Fehler wissen können. Ueberdem muß ja doch auch der Verkäufer für den Preis, den er erhält, taugliche Waare liefern. Es ist daher nicht unbillig, daß er auch wegen seiner Unwissenheit hafte, da es dem Käufer gleich viel gelten kann, ob er durch die Unwissenheit des Verkäufers, oder durch Arglist desselben in Schaden kommt[4]. Aus diesen Gründen

4) Cicero *de officiis Lib. III. cap.* 17. Nec vero in praediis solum ius civile, ductum a natura, malitiam fraudemque vindicat: sed etiam in mancipiorum venditione fraus venditoris omnis excluditur. *Qui enim scire debuit de sanitate, de fuga, de furtis, prae-*

der Billigkeit wurde daher auch das Edict der Aedilen, welches den Worten nach nur von Sklaven und Zug- oder Lastthieren spricht, sehr frühzeitig durch die Interpretation der römischen Rechtsgelehrten auf alle Arten venaler Sachen, sie seyen bewegliche, oder unbewegliche, oder auch sich selbst bewegende, ausgedehnt. Ulpian beruft sich deshalb auf die Auctorität des Labeo, wenn er *L. 1. pr. D. h. t.* sagt: Labeo scribit, Edictum Aedilium curulium de venditionibus *rerum* esse, tam earum, *quae soli sint*, quam earum, quae *mobiles* aut *se moventes*. Wozu bedurfte es dieser Auctorität, wenn das Edict selbst schon in dem Ausdruck seiner Worte diesen Umfang gehabt hätte? Man wird sich davon noch mehr überzeugen, wenn man erwägt, daß die *L. 13. D. de Legibus*, wo Ulpian sagt: Nam, ut ait Pedius, quotiens lege aliquid, unum vel alterum, introductum est, bona occasio est, caetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certe iurisdictione suppleri, auch aus desselben *libro 1. ad Edictum Aedilium curulium* genommen ist, und daher sich unstreitig auf die Ausdehnung dieses Edicts bezieht. Schon selbst die Aedilen hatten dem zweyten Kapitel ihres Edicts, welches von iumentis handelt, die Clausel angehängt, daß es auch de caetero pecore gelten solle [5]). Die Ausdehnung des Edicts auf andere Sachen mag vielleicht Anfangs in ein-

*stat edicto Aedilium.* Heredum alia causa est. Ex quo intelligitur, quoniam iuris natura fons sit, hoc secundum naturam esse, neminem id agere, *ut ex alterius praedetur inscitia.* S. Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. Causa. pag. 450.

5) *L. 38. §. 5. D. h. t.*

zelnen Fällen nicht ohne Widerspruch geblieben seyn. Denn so wendete man es z. B. auf den Verkauf eines Grundstücks an, welches im Innern ungesund ist, ohne den Fehler von außen sogleich wahrzunehmen, und diesen Fall handelt Ulpian in seinen libris Disputationum [6]) ab, woraus die *L.* 49. *D. h. t.* genommen ist. Etiam in fundo vendito, sagt er, redhibitionem procedere, nequaquam incertum est: veluti si pestilens fundus distractus sit: nam redhibendus erit. Et benignum est dicere, vectigalis exactionem futuri temporis post redhibitionem adversus emtorem cessare. Allein durch die Rescripte der Kaiser und den Gerichtsgebrauch ward hierin ein gewisses Recht eingeführt [7]). Daher haftet auch der Verkäufer nach dem Geiste des Edicts wenn er dem Käufer Servituten verschwieg, mit denen das verkaufte Grundstück belastet ist.

*L.* 61. *D. h. t.* ULPIANUS *libro LXXX. ad Edictum.* Quotiens de servitute agitur, victus tantum debet praestare, quanti minoris emisset emtor, si scisset hanc servitutem impositam.

Man blieb aber nicht bloß beym Kaufcontract stehen, sondern wendete das Edict der Aedilen auch auf alle

6) Die libri Disputationum enthielten Erörterungen öffentlich ventilirter streitiger Rechtsfragen. S. Christ. Ludw. Neuber jurist. Classiker. 1. Th. S. 33.

7) Man vergleiche *L.* 4. *Cod. de aedilit. action.* wo die Kaiser Diocletian und Maximian rescribiren: Idem observatur, etsi *pestibilis fundus* (id est, pestibiles herbas, vel lethiferas habens) ignorante emtore distractus sit: nam et in hoc casu per eandem actionem sc. *redhibitoriam*, eum quoque redhibendum esse constat.

übrige das Eigenthum übertragende zweyseitigen Geschäfte an, welche dem Kaufe gleich zu achten sind. Z. B. Tausch, Gebung an Zahlungs Statt, u. dgl. [8]) wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

*L.* 19. §. 5. *D. h. t.* ULPIANUS *libro* 1. *ad. Ed. Aedil. curulium.* Deinde aiunt Aediles, *emtori omnibusque, ad quos ea res pertinet, iudicium dabimus.* Pollicentur emtori actionem, et successoribus eius, qui in universum ius succedunt. *Emtorem* accipere debemus eum, qui pretio emit: sed si quis *permutaverit*, dicendum est, utrumque emtoris et venditoris loco haberi, et utrumque posse ex hoc Edicto experiri.

*L.* 4. *Cod. de evictionib.* Si praedium tibi pro soluto datum est, — huiusmodi contractus vicem venditionis obtinet.

Dahingegen gilt das Edict nicht

1) bey solchen Contracten, wodurch blos der Gebrauch übertragen wird, wie z. B. bey Mieth- und Pachtcontract. Da jedoch zwischen Kauf und Pacht eine so nahe Verwandtschaft Statt findet, daß, wie Cajus [9]) lehrt, beyde Contracte auf gleichen Grundsätzen beruhen, so scheint es allerdings wunderbar, daß dennoch die Aedilen nichts darüber verordnet haben. Ulpian giebt deswegen in *L.* 63. *D. h. t.* einen doppelten Grund an, einmal, weil die Aedilen in

8) S. *Rad.* FORNERIUS Rerum quotidianar. Lib. IV. cap. 18. in fin. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. II. pag. 244.) und Westphal vom Kaufe. §. 418. u. 419.

9) *L.* 2. *D. Locati.*

Pachtsachen nie eine Jurisdiction gehabt hätten, und zweytens, weil doch bey den Verpachtungen in Absicht auf die Fehler der Sache nicht eben das Verhältniß Statt finde, wie bey dem Kaufe. Denn wenn auch die vermiethete Sache an sich fehlerhaft ist, so kann sie dem conductor doch vielleicht zu dem Gebrauche noch taugen, wozu er sie gemiethet hat; und ist sie ganz unbrauchbar, so hat er schon nach dem Civilrechte eine Klage ex conducto zu seiner Entschädigung [10]). Man pflegt auch überhaupt fehlerhafte Sachen nicht so leicht zu vermiethen, als zu verkaufen, um ihrer loß zu werden. Der Käufer, welcher die Sache auf immer erwirbt, ist überdem immer mehr dabey interessirt, daß die Sache fehlerfrey sey, als der conductor, der einen bloß temporären Gebrauch von der Sache macht. Dieß scheint der Sinn der Worte Ulpians zu seyn, wenn er sagt: Sciendum est, ad venditiones solas hoc Edictum pertinere, non tantum mancipiorum, verum caeterarum quoque rerum. Cur autem *de locationibus* nihil edicatur, mirum videbatur: haec tamen ratio redditur, vel quia numquam istorum [11]) de hac re fuerat iurisdictio, vel quia non similiter locationes, ut venditiones, fiunt [12]). Cujaz [13]) meint zwar, nach einer Verordnung des Kaisers Zeno *L.* 33. *Cod. de locato et cond.*

10) *L.* 15. §. 1. *D. locati.* *L.* 19. §. 1. *D. eodem.* *L.* 13. §. 6. *D. de damno inf.*

11) Istorum *Aedilium* lieset unser Erlanger Codex.

12) Man sehe über dieses Gesetz *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. h. t. §. De locationibus Tom. II. *Oper.* p. 451. *Franc.* Balduinus in Annotat. ad h. L. u. *Ant.* Schulting Thes. Controversar. Dec. LXXXIV. Th. 7.

13) Observation. Lib. XII. cap. 38.

sey jetzt das Edict auch mit auf locationes auszudehnen. Allein auch davon abgesehen, daß dieses Gesetz zu den nicht glossirten Stellen unsers Corpus iuris gehört, welche heut zu Tage nicht gelten; so ist auch in derselben von Verpachtung einer fehlerhaften Sache mit keinem Worte die Rede, sondern es heißt blos: Haec constitutio permittit utrique, tam locatori, quam conductori, ut liceat intra annum conductionem solvere, tam in Italia, quam in omnibus provinciis: ac ne poenam quidem, velut ex transgressione praestare: nisi contractus initio specialiter huic legi valedixerint, aut citra scripturam renunciarint. Ueberdem wird hier beyden Theilen, dem Verpächter, wie dem Pächter erlaubt, binnen einem Jahre den Contract wieder aufzuheben. Dieß kann ja unmöglich auf die Redhibitorische Klage gehen, weil diese nur dem Pächter, nicht aber dem Verpächter zustehen könnte, und von weit kürzerer Dauer ist. Ich übergehe andere Gründe, mit welchen auch schon Hotoman[14]), Fornerius[15]) und Voet[16]) die Meinung des Cujaz widerlegt haben. Das Aedilizische Edict fällt

2) bey solchen Verträgen weg, bey welchen keine Gegenleistung vorkommt, wie bey Schenkungen.

*L. 62. D. h. t.* Modestinus *Libro VIII. Differentiarum.* Ad res donatas Edictum Aedilium

14) Observation. Lib. IV. cap. 8.

15) Rerum quotidianar. Lib. IV. cap. 18.

16) Commentar. ad Pand. h. t. §. 11. Man sehe auch Westphal vom Kaufe. §. 420. und §. 1026. und Walch Introductio in controvers. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. IV. Subs. II. §. 1.

curulium non pertinere dicendum est: etenim quid se restituturum donator repromittit, quando nullum pretium interveniat? Quid ergo, si res ab eo, cui donata est, melior facta sit? numquid quanti eius, qui meliorem fecit, interest, donator conveniatur? Quod minime dicendum est: ne eo casu liberalitatis suae donator poenam patiatur. Itaque si qua res donetur, necesse non erit, ea repromittere, quae in rebus venalibus Aediles repromitti iubent: sane de dolo donator obligare se et debet et solet, ne, quod benigne contulerit, fraudis consilio revocet. Der Grund, warum bey Schenkungen das Edict nicht anwendbar ist, ist also darin zu setzen, weil die Aedilen nur bey venalen Sachen vorschreiben, daß der Auctor verspreche, die Sache sey ohne Fehler, und daß er im entgegengesetzten Falle die Sache ohne Weigerung wiedernehmen, und den Preis zurückgeben wolle [17]. Dieser Grund fällt aber bey Schenkungen weg, weil hier keine Gegenleistung erfolgt ist. Nun entstand jedoch die Frage, wenn der Beschenkte etwa Kosten auf die Verbesserung der Sache verwendet hätte, ob nicht wenigstens, wenn die Sache nachher fehlerhaft befunden wird, Ersatz derselben gefordert werden könne? Modestin beantwortet diese Frage verneinend, und zwar aus dem Grunde, damit nicht der Donator für seine Freygebigkeit Schaden leide. Dieß setzt aber freylich voraus, daß der Donator in bona fide sey. Denn schenkte er arglistig eine fehlerhafte Sache weg, um den unwissenden Beschenkten dadurch in Schaden zu bringen, so haftet er unbedingt für den Schaden, und der hintergangene Donatar kann gegen

17) *L.* 28. *L.* 29. §. 1. *L.* 30. *D. h. t.* *L.* 32. *D. eodem*

ihn de dolo klagen[18]. Er kann auch in diesem Falle Caution verlangen[19], eben so, als wenn ihm auf eine betrügliche Art eine fremde Sache wäre geschenkt worden, auf welchen Fall sich eigentlich die letzten Worte beziehen, *ne quod benigne contulerit, fraudis consilio revocet*, deren Sinn dahin geht, damit ihm nicht dasjenige, was er unter dem Schein der Wohlthätigkeit erhielt, durch die betrügliche Absicht des Donators wieder entrissen werde[20].

3) Das Edict kommt ferner nicht zur Anwendung bey dem Verkaufe fiskalischer Sachen. Das heißt aber nicht, der Fiskus, wenn er Etwas verkauft, stehe für keinen Fehler, sondern Ulpian sagt nur *L.* 1. §. 3. *D. h. t.* Illud sciendum est, Edictum hoc non pertinere *ad venditiones fiscales.* Die fiskalischen Contracte sollen also nur nicht nach dem Edict beurtheilt werden, das Recht entscheidet hier nach der Natur des Contracts, und nach den Grundsätzen der Billigkeit[21]. Städte hin-

18) *L.* 18. §. *ult. D. de donation.*

19) S. BRUMMER Comm. ad Legem Cinciam. Cap. 14. pag. 236 sqq. und *Ant.* SCHULTING Thes. Controvers. Dec. LXXXIV. Th. 6.

20) *Revocet* ist hier soviel, als faciat, ne revocetur res donata per evictionem veri domini. S. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. Sequens in fin. pag. 452. und *Io. van* NISPEN Diss. ad fragmenta, quae in Digestis ex *Herennii Modestini* IX. libris Differentiar. supersunt. Cap. 9. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertation. iurid. select. in Academ. Belgic. habitar.* Vol. I. T. I. pag. 85.)

21) Westphal Lehre des gemeinen Rechts vom Kaufe. §. 422.

gegen machen keine Ausnahme. Si tamen Respublica aliqua [22]), fährt Ulpian fort *L.* 1. §. 4. *D. eodem*, faciat venditionem, Edictum hoc locum habebit. Ein Gleiches gilt von dem Verkaufe der Sachen der Unmündigen. In pupillaribus quoque venditionibus erit Edicto locus, sagt Ulpian *L.* 1. §. 5. *D. eodem*. Endlich kann auch

4) bey dem Verkaufe unbedeutender Sachen, d. h. solcher Sachen, wegen deren bey den Römern keine stipulatio duplae üblich war, von dem Edict kein Gebrauch gemacht werden, nämlich in soweit von der Redhibition und Aufhebung des ganzen Contracts die Rede ist. Denn es ist überhaupt eine Regel, daß um eines unbedeutenden Nachtheils oder Gegenstandes wegen kein gültiges Rechtsgeschäft aufgehoben werden könne [23]). Damit ist aber die Klage auf Schadensersatz nicht ausgeschlossen, weil es bey dieser auf die Größe des Gegenstandes nicht ankommt [24]). Hierher gehört die *L.* 48. §. 8. *D. h. t.* wo Pomponius sagt: *Simplariarum venditionum* causa ne sit redhibitio in usu est, in welcher jedoch Leseart [25]) und

22) Unter dem Ausdruck *Respublica* werden im neuern R. Recht vorzüglich die Städte verstanden. S. Schweppe Röm. Privatrecht. 1. Band §. 63. und Westphal vom Kaufe. §. 423.

23) *L.* 4. *D. de in int. restitut.* *L.* 54. *D. de contrah. emt.* S. Klüpfel Ueber einzelne Theile des bürgerlichen Rechts. (Stuttgart 1817.) Nr. 3.

24) Arg. *L.* 22. *pr. D. de damno inf.* S. Heineccius ad Edictum Aedilit. florum spars. Cap. 3. §. 12. p. 100.

25) Haloander liefet *Singularium* venditionum causa. *Io.* Corasius Miscellaneor. iuris civ. (*Colon.* 1598. 8.) Lib. II. cap. 24. will statt Simplariarum vielmehr *Simpu-*

Interpretation [26]) streitig ist. Nach den Basiliken [27]), welche ἐπὶ τῶν ἁπλῶν πράσεων haben, ist jedoch die florentinische Leseart wohl die richtigere, und es kommen auch die meisten Ausleger darin mit einander überein, daß *simplariae venditiones* nichts anders als venditiones rerum minutarum ac vilium bedeuten [28]).

*pulariarum* gelesen wissen, und beruft sich nicht nur auf die Auctorität der ältesten ihm beystimmenden Handschriften, sondern auch auf den Sprachgebrauch, nach welchem die Alten geringfügige Sachen res simpulariae genannt hätten, von simpulum, worunter man ein kleines ganz einfaches Trinkgefäß verstand, dessen sich die Römer auch beym Opfern bedienten, um Wein damit zur Ehre der Götter auszugießen. CICERO *Harusp* c. 11. und VARRO bey NONIUS MARCELLUS. Allein Simplarius und Simpularius kommt vom Simplum her, und ist nichts anders als Simplaris, einfach, gering, wie es auch die Basiliken übersetzen. S. DUCKER Opuscula de Latinitate ICtorum veterum. pag. 438.

26) *Franc.* BUDAEUS in Annotat. in Pand. fol. 188 b. erklärt Simplariae venditiones so, pro quibus necesse venditor non habet *de dupla* emtori repromittere. *L.* 37. §. 1. *D. de evict.* Ihm stimmt auch *Franc.* BALDUINUS in Annotat. ad h. L. (*Jurisprud. Rom. et Att.* Tom. I. pag. 910.) bey. Eben so Westphal vom Kaufe. §. 417. *Iac.* RAEVARDUS Conjectan. Lib. I. cap. 12. hingegen will darunter venditiones rerum esculentarum et potulentarum verstehen. Allein diese Erklärung hat mit Recht BRISSONIUS de Verbor. Significat. voc. *Simplarius* verworfen.

27) Tom. II. pag. 401.

28) S. NOODT Comment. ad Dig. h. t. §. Sed apparet. pag. 452. POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. IX. not. k. und WESTENBERG Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. h. t. §. 45.

§. 1108.

Erforderniſſe des Aedilizischen Edicts, in Rückſicht der Fehler der Sache.

Das Aedilicische Edict ſetzt alſo

1) das Daſeyn eines Fehlers voraus, welcher der Brauchbarkeit der Sache ſchadet, er hebe ſie entweder ganz auf, oder mindere nur den Werth derſelben [29]). Kleine unbedeutende Mängel kommen nicht in Betrachtung [30]).

2) Der Fehler muß ein verborgener ſeyn, welcher nicht in die Augen fällt, und den der Käufer ohne Anzeige nicht wußte noch wiſſen konnte. Iſt der Fehler ſo offenbar, daß er dem Käufer nicht verborgen bleiben konnte, wofern er nur einige Aufmerkſamkeit angewandt hätte, z. E. das Pferd iſt blind, oder lahm, ſo haftet der Verkäufer dafür nicht. Es findet hier das Sprüchwort Anwendung: Wer die Augen nicht aufthun will, thue den Beutel auf [31]). Aus dem römiſchen Recht gehören hierher folgende Stellen.

L. 1. §. 6. *D. h. t.* Ulpianus *libro* 1. *ad Edictum Aedil. curul.* Si intelligatur vitium morbusque mancipii, ut plerumque signis quibusdam solent demonstrare [32]) vitia, potest dici, Edictum

29) *L.* 1. §. 8. *D. h. t.* *L.* 10. §. 2. *L.* 12. §. 1. *L.* 38. §. 9. *D. eodem.*

30) *L.* 1. §. 6. *D. h. t.*

31) S. Eiſenharts Grundſätze der deutſchen Rechte in Sprüchwörtern. 4. Abth. Nr. XX. S. 371.

32) Unſer Erlanger Codex, ſo wie Haloander und Baudoza leſen hier demonstrari. Es läßt ſich indeſſen auch die florentiniſche Leſeart rechtfertigen, wenn man darunter

cessare: hoc enim tantum intuendum est, ne emtor decipiatur.

*L.* 14. §. 10. *D. eodem* Ulpianus *ibidem.* Si nominatim morbus exceptus non sit, talis tamen morbus sit, *qui omnibus potuit apparere*, utputa caecus homo venibat, aut qui cicatricem evidentem et periculosam habebat vel in capite, vel in alia parte corporis, eius nomine non teneri, Caecilius[33]) ait: perinde ac si nominatim morbus exceptus fuisset: *ad eos enim morbos vitiaque pertinere Edictum Aedilium probandum est, quae quis ignoravit, vel ignorare potuit.*

Es ist demnach Grundsatz des Edicts, daß der Verkäufer für solche Fehler haften müsse, welche entweder von aussen gar nicht, oder nur von Kennern entdekt werden können. Denn auch wegen solcher Fehler, die zwar dem Kenneraug nicht entgehen, aber doch dem unerfahrnen Käufer verborgen sind, kann auf Redhibition geklagt werden, wenn der Verkäufer sie verschwieg[34]). Jede Unwissenheit entschuldigt hier den Käufer, die keine grobe Nachlässigkeit zum Grunde hat. Ignorantia emtori prodest, sagt Paulus *L.* 15. §. 1. *D. de contrah. emt.* quae non in supinum hominem cadit.

mancipia versteht, nämlich Sklaven pflegen ihre Fehler gemeiniglich schon durch äussere Zeichen zu erkennen zu geben. S. Westphal vom Kaufe. §. 402.

33) Richtiger lieset hier unser Erlanger Codex Caelius. Eben so Baudoza Cestius. Es ist *Caelius Sabinus*, der über das Edict der Aedilen commentirt hat, und dessen *L.* 17. 20. 38. u. 65. *D. h. t.* Erwähnung geschieht.

34) S. Münters Roßtauscherrecht 3. Abschnitt §. 1. und §. 3.

Ist der Fehler zwar ein verborgener, der Verkäufer konnte aber mit Grund voraussetzen, der Käufer wisse ihn ohnedem, so ist der Verkäufer ausser Verantwortung, wenn er ihn auch nicht anzeigte, und er kann mit Recht der Klage aus dem Edict die Einrede entgegensetzen, dem Käufer sey der Fehler schon bekannt gewesen [35]). Daß in diesem Falle der Verkäufer von der Klage zu entbinden sey, lehrt **Pomponius** *L.* 48. §. 4. *D. h. t.* wenn er sagt: In aedilitiis actionibus exceptionem opponi aequum est, *si emtor sciret de fuga, aut vinculis, aut ceteris rebus similibus*, ut venditor absolvatur. Dieß muß nun also noch vielmehr in dem Falle gelten, wenn die äussere Anstalt die innern Fehler anzeigt, wie ebenfalls **Pomponius** a. a. O. §. 3. in folgendem Beyspiele lehrt: Ei, qui servum *vinctum* vendiderit, aedilitium Edictum remitti aequum est: multo enim amplius est, id facere, quam pronunciare, *in vinculis fuisse.* In solchen Fällen, wo schon der Augenschein den Fehler zu erkennen giebt, macht nicht einmal die Versicherung des Gegentheils den Verkäufer verbindlich, wie **Florentinus** *L.* 43. §. 1. *D. de contrah. emt.* sagt: Quaedam etiam pollicitationes venditorem non obligant, *si ita in promptu res sit, ut eam emtor non ignoraverit*, veluti si quis hominem luminibus effossis emat, et de sanitate stipuletur: nam de cetera parte corporis potius stipu-

35) Zur Erläuterung kann die Prozeßgeschichte dienen, welche Cicero *de officiis* Lib. III. cap. 16. erzählt. Man sehe auch *Lib. I. de Oratore.* cap. 39. und Balduinus in Annotat. ad L. 1. §. 6. D. h. t.

latus videtur, quam de eo, *in quo se ipse decipiebat* [36]). Ist vollends der Käufer ein Kunst- und Sachverständiger, der nach den Regeln seiner Kunst den Fehler leicht entdecken konnte, so kann der Verkäufer billig darauf bauen, ohne sich durch sein Schweigen der Klage aus dem Edict auszusetzen [37]). Es muß ja überhaupt in jedem vorkommenden Falle, wo die Frage entsteht, ob der entdeckte Fehler wirklich ein verborgener war, die Entscheidung derselben der Beurtheilung der Kunst- und Sachverständigen überlassen werden [38]). Es ist daher ein höchst unnützer Streit, ob die Finnen bey den Schweinen zu den verborgenen oder sichtbaren Fehlern zu

36) Mehrere behaupten zwar dennoch, daß der Verkäufer für den Dolus hafte, wenn er gegen den Augenschein etwas behauptet habe; man sehe z. B. STRYK Tr. de iure sensuum. Diss. I. Cap. 3 n. 43. MÜLLER ad *Struvii* Synt. iuris civ. Tom. II. Exerc. XXVII. Th. 5 not. k. u. a. m. Allein ist der Fehler so offenbar, daß ihn jeder beym ersten Anblick sogleich erkennen mußte; so hat sich, wie das angeführte Gesetz sagt, der Käufer selbst betrogen, und kann nun seine grobe Nachläßigkeit nicht mit dem Vorwande eines Betrugs von Seiten des Verkäufers entschuldigen. Non idcirco dissolutam ignorationem emtoris excusari oportebit, sagt *L.* 55. *D. h. t.* Das Wesen des Betrugs, eine Täuschung, gegen den Augenschein, ist überdem gar nicht denkbar. S. BACHOV ad *Treutlerum* Vol. II. Diss. II. Th. 2. lit. B. ROEVESTRUNCK Meditation. aedilitiae. Lib. I. cap. 3. nr. 27—34. STRUV Synt. iur. civ. T. II. Ex. XXVII. Th. 5.

37) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 9. in fin.

38) ROEVESTRUNCK Meditat. aedilit. Lib. II. cap. 2. §. 5. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. Th. §. 191.

rechnen sind, worüber durchaus das Ansehen der Rechtsgelehrten nicht entscheiden kann [39]).

Ist der Kauf durch einen Stellvertreter geschlossen worden, so entsteht die Frage, auf wessen Wissenschaft es ankomme? Die Gesetze machen hier einen Unterschied, ob der Stellvertreter des Käufers unter desselben Gewalt steht, oder nicht. Im ersten Falle schadet desselben Wissenschaft dem Käufer allemal, dessen Nichtwissen aber kommt ihm nur dann zu statten, wenn er selbst den Fehler nicht kannte. Wußte er also, die Sache sey fehlerhaft, so steht der Verkäufer für nichts. Es gehört hierher die Stelle des Afrikanus aus dessen *Lib. VIII.* Quaestionum, welche nach *L.* 51. *§.* 1. *D. h. t.* so lautet:

Cum mancipium morbosum vel vitiosum servus emat, et redhibitoria, vel ex emto dominus experiatur, omni modo scientiam servi, non domini spectandam esse, ait: ut nihil intersit, peculiari, an domini nomine emerit, et certum incertumve mandante eo emerit: quia tunc et illud ex bona fide est, servum, cum quo negotium sit gestum, deceptum non esse, et rursus delictum eiusdem, quod in contrahendo admiserit, domino nocere debet: sed si [40]) servus, mandatu domini, hominem emerit, quem dominus vitiosum esse sciret, non [41]) tenetur venditor.

39) Man sehe z. B. Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 7. Müller ad *Struvium* T. II. Exerc. XXVII. Th. 5. not. 9. Berger Oecon. iuris. Lib. III. Tit. 8. Th. 6. not. 2.

40) Der Erlanger Codex lieset hier sed et si.

41) Cod. Erl. hat nec.

Es ist zwar hier nur von einem Sklaven die Rede, daß aber auch das Nämliche von einem filius familias gilt, hat schon Cujaz[42]) bemerkt, und es ist dieses auch nach einer andern Stelle[43]) ausser Zweifel. Afrikan sagt nun hier ganz allgemein, wenn der Sklave die fehlerhafte Beschaffenheit der Sache gekannt habe, so könne der Herr schlechterdings nicht klagen, es möge der Sklave die Sache für sein Peculium, oder unmittelbar für seinen Herrn gekauft haben, der Auftrag möge auf eine bestimmte Sache gerichtet gewesen seyn, oder nicht. Nur in dem entgegengesetzten Falle, da der Sklave den Fehler der Sache nicht kannte, komme es zugleich auf die Wissenschaft des Herrn an, nämlich alsdann, wenn der Sklave namentlich auf desselben Auftrag den Kauf geschlossen habe. So ist der in den Worten: *sed si servus mandatu domini hominem emerit*, etc. enthaltene Gegensatz zu verstehen[44]), ohne daß man nöthig hat, solchen mit Westphal[45]) als einen Widerspruch gegen das,

42) Tract. VIII. ad Africanum h. L.

43) *L. 12. D. de contrah. emt.*

44) Man sehe hier Cujaz a. a. O. *Franc.* Balduinus in Annotation. in L. 51. h. t. und Bachovius Echt Not. et Animadvers. ad *Treutlerum*. Vol. II. Disp. II. Th. 3. lit. C.

45) Lehre des gemeinen Rechts vom Kaufe. §. 405 a. Herr Prof. Mühlenbruch in der Lehre von der Cession der Forderungsrechte, §. 13. S. 90. erklärt dagegen diese Worte so: wenn der Sklave die fehlerhafte Beschaffenheit der Sache gekannt habe, so könne der Herr schlechterdings nicht klagen, es möge der Sklave nun mit Rücksicht auf sein peculium, oder unmittelbar für seinen Herrn erworben haben: aber in jenem Falle werde allein auf die Wissenschaft des Sklaven

was in den vorhergehenden Worten ein Anderer behauptet haben soll, anzusehen. Alles wird vollkommen deutlich, wenn man mit unserer Stelle eine Stelle des Pomponius, nämlich die *L.* 12. und *L.* 13. *D. de contrah. emt.* verbindet. In der *L.* 12. heißt es: In huiusmodi autem quaestionibus [es ist zwar hier eigentlich von dem Irrthume und dessen Wirkung beym Kaufe die Rede, allein das nämliche gilt ohne Zweifel auch bey dem Kaufe einer fehlerhaften Sache [46]] *personae ementium et vendentium* spectari debent, non eorum, quibus adquiritur ex eo contractu actio: nam si *servus meus*, vel *filius, qui in mea potestate est*, me praesente, *suo nomine* emat, non est quaerendum, quid ego existimem: sed *quid ille, qui contrahit.* In der *L.* 13. *D. eodem* fügt nun Pomponius noch hinzu: Sed si servo meo, vel ei, cui mandavero, vendas sciens fugitivum, *illo ignorante, me sciente*, non teneri te ex emto verum est. Nur in dem Falle, da der Sklave, oder filiusfamilias den Fehler der Sache nicht wußte, kommt es also nach den angeführten Stellen darauf an, ob derselbe den Contract für sich und in Rücksicht seines Peculiums schloß,

gesehen; im letztern dagegen komme es zugleich auf das Wissen des Herrn an, namentlich also dann, wenn der Erwerb auf seinen Antrag geschehen sey. Allein Afrikan sagt ja ausdrücklich, wenn der Sklave den Fehler kannte, so komme es auf die Wissenschaft des Herrn gar nicht an, der Sklave möge die Sache für sein Peculium oder unmittelbar für seinen Herrn gekauft haben. Es muß also der Gegensatz sed si auf einen andern Fall sich beziehen, sonst würde ja Afrikan mit sich selbst in Widerspruch gerathen.

46) S. Westphal vom Kaufe. §. 784.

oder in Auftrage des Paterfamilias und unmittelbar für diesen. Im erstem Fall wird blos auf das Wissen oder Nichtwissen des Sklaven gesehen, die eigene Wissenschaft des Paterfamilias kommt nicht in Betrachtung, auf diese wird nur in dem letztern Falle Rücksicht genommen, und der Verkäufer kann nicht in Anspruch genommen werden, wenn der Herr, oder Vater, in dessen Auftrage der Handel geschlossen wurde, den Fehler kannte.

Ist der Stellvertreter ein gewaltfreier Mensch, so unterscheidet Afrikan in den Worten des §. 1.

Circa *procuratoris* personam, *cum quidem ipse scierit morbosum, vitiosum esse* [47]), non dubitandum, quin, quamvis ipse domino mandati vel negotiorum gestorum actione sit obstrictus, *nihilo magis eo nomine agere possit:* at cum ipse *ignorans* esse vitiosum, *mandatu domini, qui id sciret, emerit*, et redhibitoria agat, *ex persona domini utilem exceptionem ei non putabat opponendam;*

folgende zwey Fälle.

Erstens, dem Procurator oder negotiorum gestor war die Beschaffenheit der Sache bekannt. Hier ist es keinem Zweifel unterworfen, daß er selbst nicht klagen könne, obwohl dem Principal gegen ihn die actio mandati oder negotiorum gestorum, wegen schlechter Geschäftsführung, auf Entschädigung zusteht [48]). Allein die

47) Cod Erlang. lieset: morbosum esse vel vitiosum.

48) Dieß ist nach der richtigen Erklärung aller Ausleger unstreitig der Sinn der Worte: non dubitandum, quin sc. procurator — — — *nihilo magis eo nomine agere*

Wissenschaft des Procurators schadet auch dem Principal, wie Ulpian lehrt *L. 5. pr. D. de tributoria actione.* Procuratoris autem *scientiam et dolum nocere debere domino*, neque Pomponius dubitat, nec nos dubitamus. Eben so sagt er *L. 22. §. 5. D. de liberali causa:* Sed si *per procuratorem scientem* quis emerit, *ei nocet:* sicuti tutoris quoque scientiam nocere Labeo putat. Wenn daher auch sonst dem Principal aus dem Contract seines Procurators eine actio utilis gestattet wird, sofern er anders nicht das Seinige erhalten kann; so kommt ihm doch diese Klage hier nicht zu Statten [49].

Zweytens der Procurator kannte die fehlerhafte Beschaffenheit der Sache nicht, welche hingegen seinem Principal bekannt war. Daß hier der letztere nicht klagen könne, versteht sich, und es ist insofern kein Unterschied, der Stellvertreter stehe unter der Gewalt des Principals, oder sey desselben Procurator, wie Pomponius in der oben angeführten *L. 12. D. de contrah. emt.* auch ausdrücklich sagt. Allein es fragte sich, ob nicht der Procurator selbst klagen könne? Wollte er vielleicht darum

possit. Denn schon die Glosse bemerkt ganz richtig, daß in den Worten nihilo magis eine Negation liege, und dieselben so zu verstehen sind, daß dem Procurator so wenig, als dem Principal, eine Klage zustehe, wenn gleich der letztere nicht gewußt habe, daß die Sache fehlerhaft sey. Die Worte eo nomine erklärt auch die Glosse ganz richtig durch propter vitium.

49) S. Cujacius c. l. Anderer Meinung ist zwar Roevestrunck Meditat. aedilit. Lib. I. cap. 3. not. 36. Allein die *L. 27. in fin. D. de procurator.* und *L. 13. §. 25. D. de act. emti*, worauf er sich beruft, gehören nicht hierher

selbst klagen, um dem Principal einen Vortheil zu verschaffen, den dieser durch eigne Klage nicht würde erhalten können; so würde ihn unstreitig die exceptio doli entgegen gesetzt werden können, weil er hier selbst dolos handeln würde. Allein von dieser sich von selbst verstehenden Modification konnte hier die Frage nicht seyn[50]); sondern es muß ein solcher Fall angenommen werden, wo der Procurator aus eignem Interesse die redhibitorische Klage gegen den Verkäufer anstellt, weil er von dem Principal seine Entschädigung nicht erhalten kann[51]). Kann ihm auch hier eine aus der Person des Principals abgeleitete Einrede mit Wirkung entgegengesetzt werden? Dieß läugnet nun Afrikan mit Recht. Denn nur mit dem Procurator hatte der Verkäufer es zu thun; daß aber der Principal die Beschaffenheit der Sache kannte, giebt dem Verkäufer keinen Grund zu einer Einrede wider denselben Procurator, wenn dieser bloß für sich und wegen seiner eignen Entschädigung klagt[52]).

50) S. Mühlenbruch a. a. O. Not. 41. S. 91.

51) S. *Ant.* Schulting Thesium controversar. Dec. LXXXIV. Th. 5. und Pothier Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XXXVIII. Not. i.

52) Dieß setzt nämlich voraus, daß der Procurator seine Entschädigung von dem Principal nicht erhalten konnte. Quod si enim procurator, bemerkt hierbey Bachov ad *Treutlerum* c. l. Vol. II. pag. 72. *contraria mandati actione*. ut mandans rem emtam, quam vitiosam scivit, accipiat, consequi possit, aut consecutus sit, hoc casu iniquum foret, venditori negare exceptionem. Die Emendation des *Franc.* Connanus Commentar. iur. civ. Lib. III. c. 13. welcher so lesen will: et *redhibitoria agat ex persona domini*, utilem exceptionem *etiam nunc* putabat opponendam, ist daher höchst unnütz, und vom

3) Der Fehler muß schon zur Zeit des Contracts da gewesen seyn. Entstand der Fehler erst nach dem Kaufe, so gehört er zu den Unglücksfällen, welche nun der Käufer tragen muß, ohne deswegen von dem Verkäufer eine Entschädigung verlangen zu dürfen.

*L. 54. D. h. t.* Papinianus *libro IV. Responsorum.* Actioni redhibitoriae non est locus, si mancipium bonis conditionibus[53]) emtum fugerit, quod ante non fugerat,

*L. 3. Cod. de aedilit. action.* Impp. Diocletianus et Maximianus A. A. *Mutiano.* Si apud priorem dominum fugisse mancipium non doceatur: fuga post venditionem interveniens ad damnum emtoris pertinet. Sin autem venditor *non vitiosum etiam in posterum fieri servum* temere promiserit: quamvis hoc impossibile esse videatur, tamen secundum fidem antecedentis, vel in continenti secuti pacti experiri posse non ambigitur[54]).

*Io.* Robert Receptar. iur. civ. Lection. Lib. II. c. 4. mit Recht verworfen worden. S. auch Mühlenbruch a. a. O. Not. 42. S. 91.

53) Bonae conditiones sind hier, wie Cujacius in Commentar. in libr. IV. Responsor. Papiniani ad h. L. (in Eius *Operib. postum.* Tom. I. pag. 152.) diesen Ausdruck aus Theophilus in *Paraphr. graec. ad §. 2. I. de his, qui sui vel alieni iuris sunt*, erklärt hat, tales, *quae non sunt durae, quae non onerant emtum mancipium.*

54) Was per rerum naturam unmöglich ist, kann zwar kein Gegenstand einer Obligation seyn; allein hier hat sich der Verkäufer für einen künftigen Erfolg zu stehen verpflichtet, und ein solcher Vertrag ist verbindlich. S. Pothier Pand. Iustin. h. t. Nr. XXXIV. not. b.

*Posteriores enim casus non venditoris, sed emtoris periculum exspectant.* Verum cum servum, quem comparaveras, ad eum, qui distraxerat, rediisse contendis: competens iudex, perspectis omnibus, pro repertae rei qualitate proferre curabit sententiam.

Nach einer in der Praxis angenommenen Meinung soll zwar ein in drey Tagen nach dem Kaufe sich äussernder Fehler als ein solcher anzusehen seyn, der schon zur Zeit der Abschließung desselben vorhanden gewesen [55]). Allein diese Vermuthung ist offenbar willkührlich [56]). Es ist vielmehr in jedem vorkommenden Falle durch das Gutachten der Kunstverständigen, oder durch andere Beweise auszumitteln, daß der Fehler schon zur Zeit des Contracts vorhanden gewesen sey, und dieser Beweis liegt dem Käufer ob [57]). Fehler, die zwar ehemals, aber zur Zeit des Kaufs nicht mehr vorhanden waren, kommen nicht in Betrachtung.

*L.* 16. *D. h. t.* Pomponius *libro XXIII. ad Sabinum.* Quod ita sanatum est, ut in pristinum statum restitueretur, perinde habendum est, quasi numquam morbosum esset.

*L.* 17. §. 17. *D. h. t.* Ulpianus *libro* 1. *ad Edictum Aedil. curul.* Quod aiunt Aediles, *noxa solutus non sit*, sic intelligendum est, ut non hoc

55) Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 27. Wernher select. Observat. for. T. II. P. X. Obs. 339. Berger Oecon. iuris Lib. III. Tit. 8. Th. 6. not. 3.

56) Thibaut Syst. des Pand. Rechts 1. B. §. 192.

57) S. Stryk c. l. §. 26.

debeat pronuntiari, nullam eum noxam commisisse, sed illud, *noxa solutum esse:* hoc est, noxali iudicio subiectum non esse: ergo, si noxam commisit, nec permanet, noxa solutus videtur.

## §. 1109.

### Ausdrückliche Anzeige der Fehler.

Da das Edict eine bestimmte und deutliche Anzeige der Fehler von dem Verkäufer fordert, wie die Worte: palam recte pronuncianto andeuten; so kann eine dunkle und zweydeutige Angabe den Verkäufer nicht gegen Verantwortlichkeit schützen [58]). Eine solche Anzeige erklären die Gesetze geradezu für einen Betrug. *Dolum malum* a se abesse praestare venditor debet, sagt Florentinus *L.* 43. §. *ult. D. de contrah. emt.* qui non tantum in eo est, *qui fallendi causa obscure loquitur:* sed etiam, *qui insidiose obscure dissimulat.* Auch ist die Erklärung nicht hinreichend, daß der Verkäufer die Sache so verkaufe, wie er sie selbst besessen habe [59]). Nicht einmal die Unwissenheit befreiet den Verkäufer von der Verbindlichkeit zur Entschädigung [60]), wie schon oben bemerkt worden ist. Ist bey Schließung des Kaufs ausdrücklich ausgemacht worden, daß der Verkäufer für keinen Fehler stehe, so kommt es darauf an, ob ihm Mängel bekannt waren, oder nicht. Im ersten Falle befreiet ihn der Vertrag nicht von dem Anspruch des Käufers, welchen er dadurch zu hintergehen suchte. Er bleibt

58) Mehrere Beyspiele führt Münter im Roßtauscherrecht. 3. Abschnitt §. 4. u. ff. S. 92. ff. an.

59) *L.* 39. *D. de act. emti vend.* Westphals Lehre des gem. Rechts vom Kaufe. §. 547.

60) *L.* 1. §. 2. *D. h. t.*

also wegen dieser Gefährde verantwortlich [61]). In dem letztern Falle hingegen sichert ihn der Vertrag gegen alle künftigen Ansprüche des Käufers. Eben dieses gilt auch von der Ausnahme einzelner Fehler.

*L.* 14. §. 9. *D. h. t.* Ulpianus *libro I. ad Ed. Aedil. curul.* Si venditor nominatim exceperit de aliquo morbo, et de cetero sanum esse dixerit, aut promiserit, standum est eo, quod convenit: remittentibus enim actiones suas non est regressus dandus: nisi sciens venditor morbum, consulto reticuit: tunc enim dandam esse de dolo malo replicationem.

### §. 1110.

**Vertretung der Mängel bey der Hauptsache sowohl als bey den Zubehörungen, und bey einer universitas rerum.**

In Rücksicht der Art der Sachen, welche nach der Interpretation der Römischen Rechtsgelehrten sowohl bewegliche als unbewegliche seyn können, ist noch zu bemerken, daß das Edict nicht nur wegen der Hauptsache, sondern auch wegen der Accessionen zur Anwendung kommt, wie folgende Gesetzstellen lehren.

*L.* 31. §. *ult. D. h. t.* Ulpianus *lib.* 1. *ad Ed. Aedil. curul.* Quod emtioni accedit, partem esse venditionis, Prudentibus visum est.

*L.* 32. *D. h. t.* Cajus *libro II. ad Edict. Aedilium curulium.* Itaque sicut superius venditor de morbo vitiove, et ceteris, quae ibi comprehensa

61) *L.* 6. §. *ult. D. de act. Emti et Vend.* S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 10.

sunt, praedicere iubetur: et praeterea in his causis non esse mancipium, ut promittat, praecipitur: ita et cum accedat alii rei homo, eadem et praedicere, et promittere compellitur: quod non solum hoc casu intelligendum est, quo nominatim adjicitur, accessurum fundo hominem Stichum, sed etiam si generaliter omnia mancipia, quae in fundo sint, accedant venditioni.

*L. 33. pr. D. eod.* Ulpianus *libro I. ad Edict. Aedilium curulium.* Proinde Pomponius ait, iustam causam esse, ut, quod in venditione accessurum esse dictum est, tam integrum praestetur, quam illud praestari debuit, quod principaliter veniit: nam iure civili, ut integra sint, quae accessura dictum fuerit, ex emto actio est: veluti si dolia accessura fundo dicta fuerint: sed hoc ita, *si certum corpus accessurum fuerit dictum:* nam si servus cum peculio venierit, ea mancipia, *quae in peculio fuerint*, sana esse praestare venditor non debet: quia non dicit, *certum corpus accessurum:* sed peculium tale praestare oportere[62]): et quemadmodum certam quantitatem peculii praestare non debet, ita nec hoc[63]). Eandem rationem facere Pomponius ait, ut etiam si hereditas, aut peculium servi venierit, locus Edicto Aedilium non sit circa ea corpora, quae sunt in hereditate, aut in peculio. Idem probat, et si fundus cum in-

62) Cod. Erlang. liefet hier: sed peculium tale praestare *oportet, quale est.*

63) Cod. Erlang. hat: ita nec hoc *debet praestare, sc. sana esse.*

strumento venierit, et in instrumento mancipia sint: puto hanc sententiam veram: nisi si aliud specialiter actum esse proponatur.

Nach diesen Gesetzstellen kommt es jedoch in Ansehung der Accessionen noch darauf an, ob sie in einzelnen Sachen, oder in einem gewissen idealen Ganzen bestehen. Im ersten Falle muß der Verkäufer die Fehler der einzelnen Stücke vertreten. Dieses bestätigt auch Paulus *L.* 27. *D. de action. emti et vend.* Quidquid venditor accessurum dixerit, *id integrum ac sanum tradi oportet*, veluti si fundo dolia accessura dixissit, non quassa, sed integra dare debet. Die einzelnen Stücke, welche als Zubehörung mit verkauft sind, müssen also so fehlerlos, wie die Hauptsache, seyn. Im letztern Falle hingegen braucht der Verkäufer nur für das Ganze zu stehen, es sey übrigens beschaffen, wie es wolle; wofern nicht ausdrücklich ausgemacht worden, daß der Verkäufer auch für die fehlerfreie Beschaffenheit der einzelnen Stücke, woraus das Ganze besteht, gut seyn wolle [64]).

Ist jedoch die Hauptsache so fehlerhaft, daß sie der Käufer zurückgiebt, so muß der Verkäufer auch die accessorische Sache wieder zurücknehmen, wenn sie auch an sich ohne Tadel wäre, wie ebenfalls Ulpian sagt *L.* 33. §. 1. *D. h. t.* Si vendita res redhibeatur, servus quoque, qui ei rei accessit, licet nullum in eo vitium sit, redhibetur.

64) S. Balduinus in Annotat. ad h. L. (*Iurispr. Rom. et Att.* Tom. I. pag. 901.) Lauterbach Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 4. Schulting Thes. controv. Decad. LXXXV. Th. 6.

Es entscheidet sich hieraus zugleich die Frage, wenn eine universitas rerum den alleinigen und Hauptgegenstand des Kaufs ausmacht, und einzelne Stücke derselben fehlerhaft sind, was hier der Verkäufer zu prästiren habe? Man unterscheide folgende Fälle. 1) Die universitas rerum macht ein blos ideales Ganzes aus, aus dessen Namen sich nicht erkennen läßt, worin die einzelnen Sachen, die das Ganze ausmachen, bestehen; z. B. eine Erbschaft, ein peculium, ein Gutsinventarium. Hier steht der Verkäufer nur für das Ganze, ist dieses überhaupt brauchbar, so kommt es auf die fehlerhafte Beschaffenheit dieses oder jenes einzelnen Stücks nicht an, wenn er nicht auch für das Einzelne zu stehen, ausdrücklich versprochen hätte. Der Grund ist, wie Ulpian *L. 33. pr. D. h. t.* sagt, weil hier kein *certum corpus* verkauft worden ist. 2) Die universitas rerum besteht aus solchen Sachen, die schon der Name als ein certum corpus kennbar macht. Z. B. eine Stuterey, ein Zug oder Gespann Pferde, oder bey den Römern ein Complex von Sklaven, welche ein Chor Sänger, oder eine Gesellschaft von Schauspielern formirten. Hier muß der Verkäufer die fehlerfreie Beschaffenheit eines jeden einzelnen Stücks gewähren. Ob aber, wegen der fehlerhaften Beschaffenheit eines einzelnen Stücks, das Ganze zurückgegeben werden könne, hängt davon ab, ob, um der Einzelnen willen, das Ganze gekauft, und also das Ganze an sich untrennbar ist, oder ob eine Trennung Statt findet. In dem ersten Falle kann auch wegen eines einzigen fehlerhaften Stücks das Ganze zurückgegeben werden; in dem letztern hingegen braucht der Verkäufer nur das fehlerhafte Stück zurückzunehmen, und es kommt in beyden Fällen nicht darauf an, ob das Ganze

für einen Preis gekauft, oder für jedes Stück ein besonderer Preis bedungen worden ist. Alles ergiebt sich aus folgenden Gesetzstellen.

*L.* 34. *D. h. t.* AFRICANUS *Libro VI. Quaestionum.* Cum eiusdem generis plures res simul veneant, veluti comoedi, vel chorus, referre ait, in universos, an in singulos pretium constituatur: ut scilicet interdum una, interdum plures venditiones contractae intelligantur: quod vel eo quaeri pertinere, ut, si quis eorum forte morbosus vel vitiosus sit, vel[65]) omnes simul redhibeantur.

§. 1. *eiusd. L.* Interdum etsi in singula capita pretium constitutum sit, tamen una emtio est; ut propter unius vitium omnes redhiberi possint, vel debeant: scilicet cum manifestum erit, non nisi omnes quem emturum[66]) vel venditurum fuisse: ut plerumque circa comoedos, vel quadrigas, vel mulas pares accidere solet, ut neutri non nisi omnes habere expediat.

*L.* 35. *D. eodem.* ULPIANUS *libro* 1. *ad Edictum Aedilium curulium.* Plerumque propter morbosa mancipia etiam non morbosa redhibentur, si

65) Cod. Erl. liefet ut. *Des.* HERALDUS Observation. et Emendat. libr. cap. 12. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 1325.) meint, es müsse *is*, *vel omnes* gelesen werden. Daß das is wenigstens nach dem Zusammenhange der Worte subintelligirt werden müsse, leidet keinen Zweifel. Man sehe auch GROTIUS in flor. sparsion. ad ius Iustin. pag. 174.

66) Cod. Erlang. hat emturum esse.

separari non possint sine magno incommodo, vel ad pietatis rationem offensam[67]). Quid enim, si filio retento, parentes redhibere maluerint, vel contra? Quod et in fratribus, et in personas contubernio sibi conjunctas[68]) observari oportet.

*L.* 38. §. 12. *D. eodem.* IDEM *libro II. ad Edictum Aedil. Curul.* Si plura iumenta venierint, non omnia erunt redhibenda propter unius ornamentum: nam et si vitiosum sit unum iugum, non tamen propter hoc cetera iuga redhibebuntur.

§. 14. *eiusd. L.* Cum autem iumenta paria veniunt, Edicto expressum est, ut, cum alterum in ea causa sit, ut redhiberi debeat, utrumque redhibeatur: in qua re tam emtori quam venditori consulitur, dum iumenta non separantur. Simili modo et si triga venierit, redhibenda erit tota: et si quadriga, redhibeatur. Sed si duo paria mularum sint, et una mula vitiosa sit, vel par: solum par[69]) redhibebitur, alterum non: si tamen nondum sint paria constituta, sed[70]) simpliciter quatuor mulae uno pretio venierint, unius erit mulae redhibitio, non omnium: nam et si polia[71]) ve-

67) Baudoza liefet vel pietatis ratione offensa.

68) Cod. Erl. liefet: et in *personis* contubernio sibi *conjunctis*.

69) Cod. Erl. *unum* solum par.

70) Cod. Erl. sed *et si* simpliciter.

71) *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. pag. 462. erklärt *polia* durch grex equorum, was sonst equitium genennt wird. *L.* 1. §. *ult. D. de rei vind.* *L.* 12. §. 4.

nierit, dicemus, unum equum, qui vitiosus est, non omnem poliam redhiberi oportere. Haec et in hominibus dicemus, pluribus uno pretio distractis: nisi si separari non possint, utputa si tragoedi: vel mimi[72]).

*L.* 39. PAULUS *libro* 1. *ad Edict. Aedil. curul.* Vel fratres.

*L.* 40. *D. eodem.* ULPIANUS *libro II. ad Edict. Aed. cur.* Hi enim non erunt separandi.

Sind mehrere Sachen für einen Preis verkauft, und eine derselben ist fehlerhaft, so zieht die Redhibition der einen auch die der andern nach sich.

*L.* 64. §. 1. *D. h. t.* POMPONIUS *libro XVII. Epistolarum.* Idem ait, si *uno pretio* plures servos vendidisti, sanosque esse promisisti, et pars duntaxat eorum minus sana sit, *de omnibus* adversus dictum, promissum, recte agi.

§. 1111.

Entschädigung des Käufers wegen der Mängel nach dem Edict.

Wegen einer fehlerhaften Sache kann nun unter den bemerkten Voraussetzungen entweder auf Rescission des

*D. de Usu et habitat.* Allein *Polia* heißt hier soviel als eine Stuterey, so nimmt auch Xenophon das griechische Wort πολεία für cura domandi formandique pullitiem equinam, wie es *Henr.* STEPHAN in Thesauro L. Gr. erklärt.

72) Der Erlanger Codex lieset hier: utputa si tragoedi vel mimi *sint, vel fratres.* Es wird also hier die L. 39. mit L. 38. verbunden, ohne der Inscription der L. 39. zu gedenken.

ganzen Contracts, oder auf Minderung des Preises, oder auch auf Leistung des Interesse geklagt werden.

I. Wird auf die Aufhebung des ganzen Contracts geklagt, so muß Alles sowohl von Seiten des Verkäufers, als des Käufers wieder in den Stand gesetzt werden, als ob das aufzuhebende Rechtsgeschäft gar nicht wäre geschlossen worden, daß folglich kein Theil einigen Schaden oder Vortheil davon hat. So lehren Julian und Paulus. Erster sagt bey Ulpian *libro I. ad Edictum Aedilium curulium*, woraus die *L.* 23. *D. h. t.* genommen ist, und zwar §. 7. iudicium redhibitoriae actionis utrumque, id est, venditorem et emtorem, quodammodo in integrum restituere debere. Noch bestimmter aber sagt Paulus *libro LXIX. ad Edictum*, wie die *L.* 60. *D. h. t.* ausspricht: Facta redhibitione, *omnia in integrum restituuntur*, perinde ac si neque emtio, neque venditio intercessit [73]). Da die Restitution ein an sich vollkommen gültiges Geschäft voraussetzt, so versteht sich's, daß nicht auf Rescission des Contracts geklagt werden könne, wenn desselben Gültigkeit noch erst von der Existenz einer Bedingung abhängt.

*L.* 43. §. 9. *D. h. t.* Paulus *lib.* 1. *ad Edictum Aedil. curul.* Si sub conditione homo emtus sit, redhibitoria actio ante conditionem existentem inutiliter agitur: quiu nondum perfecta emtio arbitrio iudicis imperfecta fieri non potest.

Die gegenseitigen Verpflichtungen, wodurch beyde

73) Paulus bestätiget dieses nochmals bey Gelegenheit eines besondern Rechtsfalls in *L.* 9. *D. de alienat. iud. mutandi causa facta.*

Theile wieder in den vorigen Stand eingesetzt werden, bestehen darin.

A) Der Käufer muß 1) die Sache dem Verkäufer zurückgeben. Dieß ist es, was die Gesetze *redhibere* nennen. Denn so sagt Ulpian *L. 21. pr. D. h. t.* Redhibere est, facere, ut rursus habeat venditor, quod habuerit: et, quia reddendo id fiebat, idcirco *redhibitio* est appellata, quasi redditio [74]. Der Käufer muß aber die Sache a) mit allen Zubehörungen zurückgeben, und zwar nicht nur denjenigen, mit welchen die Sache ihm war übergeben worden, sondern auch denen, wodurch die Sache nachher vermehrt worden ist. Iubent Aediles restitui, sagt Ulpian *L. 23. §. 2. D. h. t.* et quod venditioni accessit, et si quas accessiones ipse praestiterit [75], ut uterque, resoluta

74) Im weitern Sinn heißt *redhibitio* jede Aufhebung eines gültig abgeschlossenen und vollzogenen Kaufs. *L. 13. §. 2. D. de acquir. vel amitt. poss.* und muß in dieser Bedeutung zuweilen einem Dritten geschehen, der nicht der Verkäufer ist. Daher nennt Berger in Oecon. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 13. not. 6. die Retractsklage eine actio redhibitoria. Allein hier wird das Wort *redhibitio* im engern Sinn genommen, in welcher auch Festus sagt: *Redhibitum* id proprie dicitur, quod redditum est, improbatumque, et qui dedit, idemque rursus coactus est, habere id, quod ante habuit.

75) *Ipse praestiterit*, geht hier auf die Accessionen, welche der Käufer selbst veranstaltet hat. Diese darf aber der Verkäufer nicht lucriren. Denn kein Theil soll ja nach erfolgter Aufhebung des Kaufs mehr erhalten, als er gehabt hätte, wenn kein Kauf geschlossen worden wäre. Es ist also diese concise Rede des Ulpians aus den Worten des Edicts zu ergänzen, welche *L. 1. §. 1. D. h. t.* so lauten: *Item, si*

emtione, nihil amplius consequatur, *quam non haberet* [76]), si venditio facta non esset; und *L.* 31. §. 19. *D. h. t.* Restitui autem debet per hanc actionem (redhibitoriam), etiam quod ei servo in venditione accessit. Zu diesen Accessionen gehörte z. B. bey einer gekauften Sklavin das von ihr unterdessen geborne Kind [77]); ferner bey einer erkauften Proprietät der nachher noch zu derselben hinzugekommene, vorher abgesondert gewesene, Nießbrauch [78]); desgleichen das von dem gekauften Sklaven nach dem Kaufe nicht aus dem Vermögen des Käufers erworbene Pekulium [79]). Der Käufer muß ferner auch b) alle sowohl gezogene, als vernachläßigte Früchte, oder was er der Früchte wegen von

*quas accessiones ipse* (sc. emtor) *praestiterit, ut recipiat;* und so zu verstehen, daß diese Accessionen dem Käufer vergütet werden müssen, wie auch aus *L.* 25. §. 9. *D. h. t.* erhellet, S. *Pet.* Duirsema Conjecturalium iuris civ. (*Groeningae* 1714. 8.) Lib. I. cap. 9. p. 146. sqq.

76) Der Erlanger Codex lieset hier: quam *quod* haberet. Um wenigstens ein Paar Buchstaben der florentinischen Leseart zu retten, will *Pet.* Duirsema Conjectural. iuris civ. Lib. I. c. 9. pag. 148. statt quam *non* haberet, vielmehr quam *nunc* haberet, lesen, und zwar, wie er sagt, ductus religione codicis Florentini, qui certe omnibus aliis potior est, vel saltem esse debet. Allein Charondas und Russardus glauben, die florentinische Leseart lasse sich nur dann vertheidigen, wenn man quam *si* non haberet, lese. Beyde geben indessen der Leseart, welche der Erlanger Codex hat, nämlich quam *quod* haberet, den Vorzug.

77) *L.* 31. §. 2. *D. h. t.*

78) *L.* 31. §. 3. *D. eodem.*

79) *L.* 31. §. 4. *D. eodem.*

einen Andern erhalten hat, so wie jeden in Rücksicht der Sache auf irgend eine Art gemachten Gewinn, ja sogar dasjenige vergüten, was er durch seine Schuld nicht erwarb, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, ob es der Verkäufer selbst, wenn er die Sache nicht verkauft hätte, hätte erwerben können, oder nicht. Nicht nur die Aedilen sagen deshalb in ihrem Edict [80]: sive quid ex eo post venditionem natum, adquisitum fuerit: et si quid aliud in venditione ei accesserit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emtorem: ut ea omnia restituat; sondern **Ulpian** hat dieses auch in seinem Commentar über das Edict *L.* 23. §. *ult. D. h. t.* folgendermaßen erläutert. Cum redhibetur mancipium, si quid ad emtorem pervenit, *vel culpa eius non pervenit*, restitui oportet: non solum si ipse fructus percepit, mercedesve a servo, vel conductore servi accepit, sed etiam si a venditore fuerit idcirco consecutus, quod tardius ei hominem restituit: sed et si a quovis alio possessore fructus accepit emtor, restituere eos debebit. Sed et si quid fructuum nomine consecutus est, id praestet. Item si legatum, vel hereditas servo obvenerit. Neque refert, potuerit haec consequi venditor, an non potuerit, si servum non vendidisset. Ponamus enim, talem esse, qui capere aliquid ex testamento non potuerat: nihil haec res nocebit. Pedius quidem etiam illud non putat esse spectandum, cuius contemplatione testator servum heredem scripserit, vel ei legaverit: quia, etsi venditio remansisset, nihil haec res emtori proderat: et

80) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

per contrarium, inquit, si contemplatione venditoris institutus proponeretur, tamen diceremus, restituere emtorem non debere venditori, si nollet eum redhibere.

In Ansehung des Gewinnes kommt es jedoch noch darauf an, ob ihn der Käufer blos um der Sache willen, oder nur durch die Sache für seine Person machte. Nur in dem ersten Falle muß dem Verkäufer der Gewinn überlassen werden, welcher hingegen in dem letztern Falle dem Käufer verbleibt, wie aus folgender Gesetzstelle erhellet.

*L.* 43. §. 5. *D. h. t.* PAULUS *lib. I. ad Edictum Aed. curul.* Si quis servum emerit, et rapto eo, vi bonorum raptorum actione quadruplum consecutus est, deinde servum redhibeat, reddere debebit, quod accepit: sed si per eum servum iniuriam passus, iniuriae nomine egerit, non reddet venditori: aliter forsitan atque si loris ab aliquo caeso, aut quaestione de eo habita, emtor egerit.

Der Käufer muß 2) die Sache unverdorben, so wie er sie empfing, zurückgeben. Er haftet daher wegen aller nach der Uebergabe sowohl durch ihn selbst, als durch seine Angehörigen, und die bestellten Verwalter seiner Geschäfte, mit Vorsatz, oder aus Unvorsichtigkeit und Vernachläßigung, der Sache zugefügten Beschädigungen, welche, wenn der Kauf nicht geschehen wäre, nicht erfolgt seyn würden.

*L.* 23. *pr. D. h. t.* ULPIANUS *lib. I. ad Edictum Aedil. curul.* Cum autem *redhibitio* fit, *si deterius mancipium sive animo, sive corpore ab emtore factum est*, praestabit emtor venditori: utputa si

stupratum sit, aut saevitia emtoris fugitivum esse coeperit: et ideo, inquit POMPONIUS, ut [81]) ex quacunque causa deterius factum sit, id arbitrio iudicis aestimetur, et venditori praestetur.

*L.* 25. *pr. D. h. t.* ULPIANUS *eodem libro.* Aediles etiam hoc praestare emtorem volunt, *si in aliquo deterior factus sit servus:* sed ita demum, si *post venditionem, traditionemque* factus sit: ceterum si ante fuit, non pertinet ad hoc iudicium, quod ante factum est.

§. 1. *eiusd. L.* Sive ergo ipse deteriorem eum fecit, sive familia eius, sive procurator, tenebit actio.

§. 2. *Familiae* appellatione omnes, qui in servitio sunt continentur: etiam liberi homines, qui ei bona fide serviunt, vel alieni: accipe eos quoque, qui in potestate eius sunt.

§. 3. *Procuratoris* fit mentio in hac actione: sed NERATIUS procuratorem hic eum accipiendum ait, non quemlibet, sed cui universa negotia, aut id ipsum, propter quod deterius factum sit, mandatum est.

§. 4. PEDIUS ait, aequum fuisse, id duntaxat imputari ex facto procuratoris et familiae, *quod non fuit passurus servus, nisi ei venissit:* quod autem passurus erat, etiam si non venisset, in eo concedi emtori servi sui noxae deditionem: et ex

81) Das *ut* steht in dem Erlanger Codex nicht, kann auch füglich wegbleiben.

eo, inquit, quod procurator commisit, solum actionum praestandarum necessitatem ei iniungi.

§. 5. Quid ergo, si culpa, non etiam dolo emtoris servus deterior factus sit? Aeque condemnabitur.

§. 6. Hoc autem, quod deterior factus est servus, non solum ad corpus, sed etiam ad animi vitia referendum est: utputa si imitatione conservorum apud emtorem talis factus est: aleator forte, vel vinarius, vel erro evasit [82]).

§. 7. Sed notandum est, quod non permittitur emtori, ex huiusmodi causis noxae dedere servum suum: *nec enim* [83]) *factum servorum suorum itemque procuratoris praestat.*

§. 8. Item sciendum est, haec omnia, quae exprimuntur Edicto Aedilium, praestare eum de-

82) Cod. Erlang. hat: vel *erroneus sit.*

83) Die Leseart *nec enim* hält Pothier in Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. LXVIII. Not. b. für durchaus fehlerhaft, und will dafür *etenim* gelesen wissen. Allein Westphal Lehre des gemeinen Rechts vom Kaufe §. 513. glaubt, die gemeine Leseart, welche auch durch die Auctorität der florentinischen unterstützt wird, lasse sich sehr wohl rechtfertigen, wenn man die Worte so versteht, es sey hier nicht davon die Frage, daß der Käufer für seine Leute stehen solle, welches bey der actione noxali gefordert wird, sondern es komme auf seine eigne Verschuldung an, wofür er Vergütung zu geben habe. Wie läßt sich aber dieses mit *L.* 31. §. 15. *D. h. t.* vereinigen, wo Ulpian mit Berufung auf Pedius sagt: facta domesticorum redhibitoria agentem praestare oportere?

bere, *si ante iudicium acceptum*[84]) *facta sint*: idcirco enim necesse habuisse ea enumerari, ut, si quid eorum ante litem contestatam contigisset, praestaretur: ceterum post iudicium acceptum, tota causa ad hominem restituendum in iudicio versatur: et tam fructus veniunt, quam id, quo deterior factus est, ceteraque veniunt: iudici enim, statim atque iudex factus est, omnium rerum officium incumbit, quaecunque in iudicio versantur. Ea autem, quae ante iudicium contingunt, non valde ad eum pertinent, nisi fuerint ei nominatim iniuncta.

Ulpian macht hier die Bemerkung, das Edict rede nur von denjenigen Leistungen des Käufers, welche schon vor erhobenem Rechtsstreite begründet sind. Deswegen hätten sie in dem Edict besonders erwähnt werden müssen. Diese mußte auch der Beklagte bey dem Prätor sogleich in Anregung bringen, damit sie der Instruction für den Iudex (formula iudicii) mit eingerückt werden konnten. Leistungen hingegen, welche erst während des Prozesses entstehen, gehören für das richterliche Amt, welches von der Zeit an, da es eingetreten ist, auf alles Rücksicht zu nehmen hat, was zur gesetzmäßigen Verhandlung der Sache gehört, und sowohl die Restitution der Sache selbst, als die Früchte, die Deteriorationen und was sonst dabey in Betrachtung kommt, betrifft. Kurz, nur solche[85]) Leistungen, die schon vor der Litiscontestation entstanden waren, können iure obligationis gefordert werden, Lei-

84) Das Wort *acceptum* steht nicht in dem Erl. Codex.

85) S. Balduini Annotat. ad h. L. in *Iurispr. Rom. et Att.* T. I. p. 894. und Westphal vom Kaufe. §. 511.

stungen hingegen, die erst während dem Prozeß entstan- sind, werden officio iudicis dem Verkäufer zuerkannt [86]).

In Hinsicht der culpa ist übrigens das Verhältniß des Käufers zum Verkäufer bey der Rückgabe im Ganzen gerade so, wie das des Verkäufers bey der ersten Uebergabe. Der Käufer haftet daher nicht blos für culpa lata, sondern für jede culpa, welche kein diligens paterfamilias zu begehen pflegt, sie habe sich durch Thun oder Unterlassen geäussert. Nur wenn ein reiner Zufall seine Leistung hinderte, kann er so wenig, als der Verkäufer, wenn dieser ohne alle Schuld ist, zur Verantwortung gezogen werden [87]). Es sind hierüber folgende Stellen besonders merkwürdig.

*L.* 31. §. 11. *D. h. t.* ULPIANUS *libro I. ad Edict. Aedil. curul.* Si mancipium, quod redhiberi oportet, mortuum erit [88]), hoc quaeretur, *numquid culpa emtoris, vel familiae eius* [89]), *vel procuratoris homo demortuus sit:* nam si *culpa eius* decessit, pro vivo habendus est: et praestentur [90]) ea omnia, quae praestarentur, si viveret [91]):

86) S. POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. Nr. LXXI. not. b.

87) S. Joh. Christ. Hasse die Culpa des Röm. Rechts. 9. Kap. §. 79. u. 80.

88) Cod. Erl. hat mortuum *sit.*

89) Cod. Erl. familiae *suae.*

90) Cod. Erl. et *praestantur.* Eben so lieset auch Haloander. Baudoza Cestius hat UT *praestentur.*

91) D. h. es muß dem Verkäufer der Werth der Sache nebst den Accessionen vergütet werden, wie es die Glosse ganz richtig erklärt. S. auch POTHIER Pandect. Iustin. T. I. h. t. Nr. LXI. not. a. Es setzt aber dieses freylich voraus,

§. 12. *Culpam omnem* accipiemus, *non utique latam:* propter quod dicendum est, quamcunque occasionem morti [92]) emtor praestitit, debere eum [93]): etiam si *non adhibuit* medicum, ut sanari possit, vel *malum adhibuit*, sed *culpa sua.*

§. 13. Sed hoc dicemus, *si ante iudicium acceptum decessit:* ceterum si post iudicium acceptum decessisse proponatur, tunc *in arbitrium iudicis* veniet, *qualiter mortuus sit:* ut enim et PEDIO videtur, ea quaecunque post litis contestationem contingunt, arbitrium iudicis desiderant [94]).

§. 14. Quod in procuratore diximus, idem et in tutore et curatore dicendum erit, ceterisque, qui ex officio pro aliis interveniunt: et ita PEDIUS ait, et adiicit, quibus administratio re-

daß der Verkäufer den Werth annehmen will. Denn eigentlich erlöschen die actiones aedilitiae, wenn durch die Schuld des Käufers oder seiner Angehörigen die Sache zu Grunde gegangen ist. *L.* 47. §. 1. *L.* 48. *pr. D. h. t.* S. BALDUINUS in Annotat. ad L. 31. §. 11. D. h. t. in *Iurispr. Rom. et Attic.* T. I. pag. 898.

92) Cod. Erl. hat *mortis.*

93) Cod. Erlang. liefet hier debere eum *praestare.* Haloander und Baudoza haben debere eum *teneri.*

94) Der Verkäufer kann freylich die praestatio culpae nur eigentlich dann fordern, wenn der Tod des Sklaven noch vor dem Proceß erfolgte. Geschahe es nach der Einlassung, so gehört die Beurtheilung der Sache blos für das Richteramt. Praestabit igitur et hoc casu culpam emtor, non quasi in iudicium deductam, sed *officio iudicis.* S. POTHIER Pandect. Iustin. h. t. Nr. LXI. not. b. und Westphal vom Kauf. §. 510.

rum[95]), culpam abesse praestare non inique dominum cogi.

§. 15. Idem PEDIUS ait, *familiae* appellatione et filiosfamilias demonstrari: facta enim domesticorum, redhibitoria agentem praestare voluit.

Was von dem Käufer gilt, und denen, deren Schuld er zu vertreten hat, gilt auch von den Erben, wenn der Schaden durch ihr eigenes Verschulden, oder durch die Culpa ihrer Angehörigen und bestellten Verwalter ihrer Geschäfte geschehen ist, deren Handlungen sie ebenfalls vertreten müssen.

*L.* 31. §. 9. *D. h. t.* POMPONIUS ait, si unus ex heredibus, vel familia eius, vel procurator, *culpa vel dolo* fecerit rem deteriorem, aequum esse, in solidum eum teneri arbitrio iudicis: hoc autem expeditius esse, si omnes heredes unum procuratorem ad agendum dederunt: tunc et si quo deterior servus culpa unius heredum factus est, et hoc solutum est, ceteri familiae erciscundae iudicium adversus eum habent, quia, propter ipsum, damnum sentiunt, impediunturque redhibere.

95) Daß hier die florentinische Leseart fehlerhaft sey, fällt in die Augen. Westphal vom Kaufe §. 516. meint daher man müsse lesen *eorum*, quibus administratio rerum *commissa*. Baudoza lieset: Quibus administratio rerum *permissa est*, *eorum* culpam abesse u. s. w. Haloander hat: quibus administratio rerum *permissa est*, *eos culpa* abesse. Dieser Leseart giebt POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. LXVIII. not. c, den Vorzug. Cod. Erl. lieset: quibus administratio rerum *concessa est*, culpam abesse, u. s. w.

Hat von mehreren Erben des Käufers nur einer die Sache durch seine Schuld beschädiget, so haftet eigentlich nur dieser in solidum, die Beschädigung sey von ihm selbst, oder von seinen Angehörigen, oder von seinem Geschäftsverweser geschehen. Hätten jedoch sämmtliche Erben, wie hier der Fall war, zur Anstellung der redhibitorischen Klage einen gemeinschaftlichen Anwalt bestellt, und dieser hat den Schaden dem Urtheil zufolge ersetzt, so müssen die übrigen Miterben gegen den Urheber des Schadens mit der Erbtheilungsklage ihren Regreß nehmen, weil er sie an der Redhibition gehindert, und dadurch zugleich mit in Schaden gebracht hat.

Daß aber der Käufer nicht für bloße Unglücksfälle haftet, lehrt noch insonderheit folgende Gesetzstelle.

*L. 46. D. h. t.* Pomponius *libro XVIII. ad Sabinum.* Cum mihi redhibeas, furtis noxisque solutum esse, promittere non debes, praeterquam quod iussu tuo fecerat, aut eius, cui tu eum alienaveris.

Es wird hier freylich vorausgesetzt, daß der Käufer an dem Diebstahle des Sklaven keine Schuld habe.

3) Der Käufer muß endlich auch die Sache von allen darauf gelegten Lasten befreien, z. B. wenn er einem Dritten ein Pfandrecht oder eine Servitut darauf bestellt hat. Denn da hier der Käufer sein Eigenthum von freien Stücken wieder aufgiebt, so kann er die einem Dritten an der Sache ertheilten Rechte demselben nicht wieder nach Willkühr entziehen. Daher dauren die von dem Käufer auf die Sache gelegten Lasten fort, wenn auch dieselbe

wieder zurückgegeben worden ist[96]), und der Käufer muß entweder die Sache davon befreien, oder dem Verkäufer den Schaden ersetzen. Damit also der Verkäufer auf jeden Fall gesichert sey, so kann er von dem Käufer bey der Zurückgabe der Sache wegen der etwa geschehenen Verpfändung derselben, oder einer etwa sich noch findenden, von dem Käufer verschuldeten Beschädigung Cautionsleistung verlangen, wie dieses alles aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

*L.* 43. §. 8. *D. h. t.* Paulus *libro I. ad Edict. Aedil. curulium.* Pignus manebit obligatum, etiam si redhibitus fuerit servus; quemadmodum si eum alienasset, aut usumfructum eius, non recte redhibetur, *nisi redemtum sit, et pignore liberatum*[97]).

*L.* 21. §. 1. *D. eod.* Ulpianus *lib. I. ad Edict. Aedilium curulium.* Cum redditur[98]) ab emtore mancipium venditori, de dolo malo promitti oportere ei, Pomponius ait: *et ideo cautiones necessarias esse: ne forte aut pignori datus sit servus ab emtore, aut iussu eius furtum sive damnum cui*[99]) *datum sit.*

96) Es wird jedoch vorausgesetzt, daß die Zurückgabe der Sache ohne Einwilligung des Gläubigers erfolgt sey, sonst würde das Pfandrecht desselben eben so erloschen seyn, als wenn er in die Veräusserung der Sache eingewilliget hätte. *L.* 4. *D. Quib. mod. pignus vel hyp. solvit.*

97) Cod. Erlang. lieset hier: et pignore *liberato redhibeatur.*

98) Cod. Erlang. hat *redhibetur* statt redditur

99) Statt cui lieset Cod. Erl. alicui.

*usuras pretii* consequatur, quasi, quod sua intersit, debeat accipere, maxime cum fructus quoque ipse restituat? *Et placet consecuturum.*

Es entsteht aber hier die Frage, wie der Werth der Sache zu berechnen sey, wenn mehrere Sachen zugleich verkauft worden sind, von denen nur eine fehlerhaft befunden, und zurückgegeben wird? Die Gesetze unterscheiden hier, ob diese mehreren Sachen für einen Preis verkauft worden sind, oder ob Stück für Stück zu einem gewissen Preis gerechnet worden. Im ersten Falle muß die fehlerhafte Sache besonders taxirt werden. In dem letztern Falle hingegen kommt bloß derjenige Preis in Betrachtung, der jedem Stück beygelegt ist, wenn auch gleich das fehlerhafte Stück weit weniger werth seyn sollte. So entscheidet Pomponius in folgenden zwey Gesetzstellen.

*L.* 36 *D. h. t.* POMPONIUS *libr. XXIII. ad Sabinum.* Si plura mancipia *uno pretio* venierint, et de uno eorum aedilitia actione utamur, *ita demum pro bonitate eius aestimatio fiet, si confuse universis mancipiis constitutum pretium fuerit.* Quod si singulorum mancipiorum constituto pretio, universa tanti venierunt, quantum ex consummatione singulorum fiebat, tunc *cuiusque mancipii pretium, seu pluris, seu minoris id esset, sequi debemus.*

*L.* 64. *D. eodem. Idem libro XVII. Epistolarum.* LABEO scribit, si uno pretio plures servos emisti, et de uno agere velis, *interaestimationem* [1])

1) Unser Erlanger Codex liefet *in* aestimationem. Haloza hat in aestimatione servorum. POTHIER in Pan-

servorum proinde fieri debere, atque ut fieret in aestimationem [2]) bonitatis agri, cum ob evictam partem fundi agatur.

Man setze also, der Verkäufer habe dem Käufer eine Heerde von 100 Stück verkauft, das Stück, eins in das andere gerechnet, für 5 Carolins, also die ganze Heerde für 500 Carolins. Wäre nun auch nicht jedes Stück gerade 5 Carolins werth, sondern das eine mehr, das andere weniger werth; so muß dennoch der Verkäufer für das fehlerhafte Stück 5 Carolins zurückzahlen, es sey an sich mehr oder weniger werth. Denn über jede Sache ist hier ein eigener Kauf geschlossen worden. Quot res, tot venditiones. Es soll hier eben so, wie bey der Evictionsleistung seyn. Nun lehrt Paulus *L. 53. pr. D. de evictionib.* Si, fundo tradito, pars evincatur, si singula iugera venierint certo pretio, tunc non pro bonitate, *sed quanti singula venie-*

dect. Iustin. h. t. Nr. LXXII. not. d. hält das Wort inter für überflüßig. Allein in der Taurellischen Ausgabe ist das *inter aestimationem* in ein Wort zusammengezogen, und Cujaz Observation. Lib. XVI. cap. 4. hat gezeigt, daß hier das Wort *interaestimatio* eben so für aestimatio gebraucht worden sey, wie der Ausdruck *interpretium* für pretium gebraucht werde. Fabrotus führt dieses Wort ebenfalls in seinem Index glossarum quarundam et vocum rariorum, quae in iuris Rom. libris occurrunt (in Meermani *Thes. iur. civ. et canon.* T. I. p. 355.) auf, und Brissonius de Verbor. quae ad ius civ. pertinent, Significat. voc. *Interaestimatio* erklärt daher dieses Wort durch pretium seu interpretium redhibiti hominis, quod venditor praestat solvitque emtori, ganz richtig.

2) Baudoza liefet hier in *aestimatione*.

*rint, quae evicta fuerint*, praestandum: etiam si ea, quae meliora fuerunt, evicta sint. Jede Hufe des verkauften Ackers ist hier als ein verkauftes besonders Stück anzusehen; gesetzt also, gerade die besten Hufen wären evincirt worden, so kommt doch nur der Preis in Betrachtung, der für diese bezahlt worden ist.

Wenn hingegen die mehreren Sachen zusammen für einen Preis erhandelt worden sind, und nur eine als fehlerhaft zurückgegeben wird, so ist eine Taxe nöthig. Wie ist aber nun der Werth zu bestimmen? Die Gloße zeigt uns hier folgenden Weg an. Man soll den Kaufpreis des Ganzen mit dem wahren Werthe einer jeden einzelnen Sache vergleichen, den sie zur Zeit des geschlossenen Kaufs gehabt hat. Dann soll man den Preis der zurückgegebenen fehlerhaften Sache ausmitteln. Nun kann die Sache a) unter dem wahren Werth gekauft worden seyn. Man setze, zwey Pferde wären um 12 Carolins gekauft, welche nach ihrem wahren Werthe zur Zeit des geschlossenen Kaufs 18 Carolins galten. Sie sind also ein Drittel unter dem wahren Werthe gekauft worden. Eins wird nun als fehlerhaft zurückgegeben. Galt das fehlerhafte Pferd zur Zeit des Kaufs 12 Carolins, so nimmt man an, es sey um ein Drittel wohlfeiler gekauft worden, nämlich für 8 Carolins, und dieß wird also der Preis seyn, welchen der Verkäufer dem Käufer zu ersetzen hat. Nun kann die Sache aber auch b) über ihren wahren Werth erkauft seyn. Hier ist der Preis auf die nämliche Art zu bestimmen. Man setze also, zwey Pferde wären zusammen für 18 Carolins gekauft worden, die nur höchstens 12 Carolins werth sind. Hier sind sie über ein Drittel des wahren Werths zu theuer gekauft. Ein

Pferd, welches fehlerhaft ist, wird nun zurückgegeben. Man setze, es sey nur 6 Carolins werth, so nimmt man an, es sey um ein Drittel theurer gekauft worden, und bestimmt darnach den Preis, welchen der Verkäufer dem Käufer zu ersetzen hat.

Der Verkäufer muß 2) dem Käufer alle auf die Sache verwandten nöthigen und nützlichen Kosten und Auslagen erstatten [3]). Jedoch findet deshalb nach dem Röm. Recht keine Verurtheilung des Verkäufers statt, sondern es wird dieser Verwendungen wegen dem Käufer nur eine Retention gestattet, so daß er die Sache dem Verkäufer nicht eher zu restituiren genöthigt werden kann, als bis ihm die Kosten vergütet worden sind.

*L. 29. §. 3. D. h. t.* Ulpianus *lib. I. ad Edict. Aedil. curul.* Si quid tamen damni sensit, vel si quid pro servo impendit, consequetur arbitrio iudicis: sic tamen, non ut ei horum nomine venditor condemnetur, ut ait Julianus: sed ne alias compellatur hominem venditori restituere, quam si eum indemnem praestet.

Will er also diese Leistung vermeiden, so darf er nur die Sache dem Käufer statt derselben überlassen [4]). Es ist hier eben so, wie beym Ersatz eines erlittenen Schadens [5]), wovon nachher die Rede seyn wird. Daß wegen dieser Leistungen keine Verurtheilung, sondern nur eine Retention Statt hatte, welche den Verkäufer auch seiner Seits berechtigte, die Sache dem Käufer zu seiner Ent-

3) Thibaut System des Pand. Rechts. 1. T. §. 195.

4) S. *Hug.* Donellus de aedilitio Edicto. Cap. V. p. 206.

5) *L. 31. pr. D. h. t.*

schädigung zu überlassen, hat seinen Grund in der Billigkeit, weil diese Schäden und Kosten doch ohne sein Zuthun entstanden sind. Es ist für den Verkäufer Schaden genug, daß er den Preis mit den Zinsen und übrigen Nebenausgaben dem Käufer ersetzen muß [6]). Denn von deren Erstattung befreit ihn auch selbst die Dereliction nicht [7]). Es ist daher ein übereiltes Urtheil, wenn Westphal [8]) diese Vorschrift des Römischen Rechts für eine bloße römische Subtilität halten will, welche heut zu Tage nicht weiter anzuwenden sey. Nach des Paulus Lehre kommt es indessen noch darauf an, ob die Verwendungen vor der Litiscontestation geschehen sind, oder erst während des Prozesses. Erstere müssen in der Klage specificirt werden, weil nach der römischen Prozeßordnung darauf die formula iudicii, d. h. die Instruction für den iudex pedaneus, mit gerichtet werden mußte. Die nachherigen konnte der Kläger noch bey dem iudex in Anregung bringen, und der Richter mußte von Amts wegen darauf Rücksicht nehmen, wenn gleich seine Instruction nichts davon enthielt. Die Kosten des Unterhalts kann jedoch der Käufer, z. B. bey Thieren, nicht anrechnen, es müßte denn seyn, daß der Käufer die Sache, um des Fehlers willen, für den Unterhalt gar nicht habe nutzen können. Hierher gehört folgende Stelle des Paulus.

*L.* 30. §. 1. *D. h. t.* Quas impensas necessario in curandum servum post litem contestatam emtor

6) S. *Ant.* SCHULTING Thesium controversar. Decad. LXXXV. Th. 4.

7) *L.* 31. *pr. D. h. t.*

8) Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf rc. §. 526.

fecerit, imputabit: praecedentes impensas nominatim comprehendendas, PEDIUS [9]): *sed cibaria servo data non esse imputanda*, ARISTO ait: *nam nec ab ipso exigi, quod in ministerio eius fuit.*

3) Der Verkäufer muß ferner dem Käufer den Schaden ersetzen, den letzter sowohl als Folge des Geschäfts erlitten hat, als der ihm durch die Sache selbst ist zugefügt worden. Jedoch ist hier ein Unterschied zu machen, ob der Verkäufer den Fehler wußte, oder wenigstens dafür, daß er nicht vorhanden sey, zu stehen versprochen hatte, oder ob keins von beyden der Fall sey. In den beyden ersten Fällen muß der Verkäufer dem Käufer allen erlittenen Schaden unbedingt ersetzen, in dem letztern aber vergütet er dem Käufer nur den ihm durch die Sache zugefügten Schaden, und zwar unter der Voraussetzung, daß er sie dem Käufer nicht statt Schadenersatzes überlassen will [10]). Denn er kann sich von dieser Leistung durch Zurücklassung der Sache losmachen, wie aus folgenden Gesetzen erhellet.

*L.* 23. §. 8. *D. h. t.* Quare sive emtori servus furtum fecerit, sive alii cuilibet, ob quod furtum emtor aliquid praestiterit, non aliter hominem

9) Cod. Erlang. hat *Pedius* ait.

10) S. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 672. Thibaut System des Pand. Rechts 1. B. §. 195. Die irrige Meinung des *Ant. Guil.* COSTANUS Quaestion. iuris memorabil. Cap. 13. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. V. pag. 418.) daß der Verkäufer, welcher in bona fide ist, für gar keinen Schaden hafte, hat schon Westphal vom Kauf §. 474. widerlegt.

venditori restituere iubetur[11]), quam si indemnem eum praestiterit. Quid ergo, inquit Julianus, si noluerit venditor hominem recipere? non esse cogendum, ait, quicquam praestare: nec amplius, quam pretio[12]) condemnabitur: et hoc detrimentum sua culpa emtorem passurum, qui cum posset hominem noxae dedere, maluerit litis aestimationem sufferre. Et videtur mihi Julianus sententia[13]) humanior esse.

*L.* 31. *pr. D. eodem.* Ulpianus *lib. I. ad Ed. Aed. cur.* Quod si nolit venditor hominem recipere[14]), non in maiorem summam, inquit, quam in pretium ei condemnandum. Ob haec ergo, quae propter servum damna sensit, solam dabimus ei corporis retentionem, ceterum poterit evitare praestationem venditor, si nolit hominem recipere: quo facto, pretii praestationem, eorumque, quae pretium sequuntur, solam non evitabit.

*L.* 58. *pr. D. eodem.* Paulus *libro V. Responsorum.* Quaero, an, si servus apud emtorem fugit, et in causa redhibitionis esse pronuntiatus fuerit, non prius venditori restitui debeat, quam rerum ablatarum a servo aestimationem praestiterit? Paulus respondit, venditorem cogendum

11) Cod. Erl. liefet hier: non aliter *cogetur emtor* hominem venditori restituere.

12) Cod. Erl. hat *in* pretio.

13) Nach der florentinischen Leseart muß sententia im ablativo genommen werden. Der Erlanger Codex hat *Iuliani* sententia.

14) Cod. Erl. Quod si nolit hominem *accipere* venditor.

non tantum pretium servi restituere, sed etiam rerum ablatarum aestimationem; nisi si pro his paratus sit, servum noxae nomine relinquere.

§. 1. *eiusd. L.* Item quaero, si nolit aestimationem, et pretia rerum restituere, an servus retinendus sit[15]), et danda sit actio de peculio[16]), vel de pretio redhibiti servi ex duplae stipulatione? PAULUS respondit, de pretio servi repetendo competere actionem, etiam ex duplae stipulatione. De rebus per furtum ablatis iam responsum est[17]).

In allen diesen Stellen wird vorausgesetzt, daß der Verkäufer weder den Fehler gekannt, noch dessen Abwesenheit versprochen hatte. Es liegt auch darin keine Unbilligkeit. Denn war durch die fehlerhafte Sache ein Dritter beschädigt worden, so konnte der Käufer sie, statt des Schadenersatzes, hingeben, und hat er es nicht gethan, so war es seine Schuld. Warum sollte nun dem

15) Cod. Erl. hat: an servus *restituendus* sit?

16) Nicht ohne Grund hält Cujaz ad h. L. die Worte *de peculio vel* für einen unächten Zusatz. Denn von der actio de peculio konnte hier gar nicht die Frage seyn. Die Frage bestand blos darin, ob die Klage auf Erstattung des Werths dennoch begründet sey, wenn auch der Verkäufer dem Käufer den verkauften Sklaven wegen des durch ihn erlittenen Schadens, statt des Ersatzes, überläßt? Paulus entscheidet diese Frage bejahend, und gestattet die Klage sogar auf das Doppelte, wenn es versprochen war. S. auch POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. LXXXIII. not. a.

17) Nämlich wegen der durch den Sklaven entwendeten Sachen haftet der Verkäufer bey der Redhibition nur noxaliter.

Verkäufer nicht gleiches Recht zustehen [18])? Anders ist es denn aber freylich, wenn der Verkäufer einen ihm bekannten Fehler wissentlich verschwieg, oder versicherte, die Sache habe keinen Fehler, wenn ihm auch kein Fehler bekannt war. Hier haftet er für den Fehler unbedingt; und zwar mit Recht. Denn in dem ersten Falle hat er den Käufer betrogen, in dem letztern aber büßt er billig für seine Unvorsichtigkeit, daß er etwas geradezu versicherte, was er nicht wußte, und sogar, wegen dieser angerühmten Eigenschaft der Sache, dieselbe um einen theuren Preis verkaufte. Eine solche Unbesonnenheit ist eine Lüge, und diese dem Dolus gleich zu achten [19]). Hierauf gehen auch die Worte des Edicts: *Hoc amplius, si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, iudicium dabimus* [20]). Folgende Gesetzstellen werden dieses alles vollkommen bestätigen.

*L.* 13. *pr. D. de action. emti et vend.* Ulpianus *libro XXXII. ad Edictum.* Julianus *libro quinto decimo* [21]) inter eum, qui sciens quid, aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex emto: ait enim, qui pecus morbosum, aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex emto actione praestaturum, quanto minoris essem emturus, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit, et emtorem decepit,

18) S. Westphal vom Kauf. § 523.

19) S. *Hug.* Donellus Commentar. iuris civ. Lib. III. cap. 3. §. Sed hae actiones.

20) S. Pothier Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. P. I. Nr. I. et II. pag. 587.

21) Haudoza hat: libro XV. *Digestorum.*

*L.* 1. *Cod. de aedilitiis actionibus.* Imp. Antoninus A. *Decensio.* Si non simpliciter, sed *consilio fraudis*, servum tibi nescienti fugitivum, vel alio modo vitiosum quis vendidit, isque idem fugitivus abest, non solum in pretium servi venditorem conveniri, sed etiam *damnum, quod per eum tibi accidit*, competens iudex, ut iam pridem placuit, *praestari iubebit.*

Hierher gehört auch noch *L.* 45. *D. de contrah. emt.* wo Marcian sagt: Labeo *libro Posteriorum* scribit, si vestimenta interpola [25]) quis pro novis emerit, Trebatio placere, ita emtori praestandum, *quod interest*, si ignorans interpola emerit: quam sententiam et Pomponius probat, in qua et Julianus est: qui ait, si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri: *si sciebat, etiam damni, quod ex eo contingit:* quemadmodum si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, ut aurum, quod vendidit, praestet.

Noch eine dritte Ausnahme, wo der Verkäufer für den dem Käufer wegen der fehlerhaften Sache zugefügten Schaden schlechterdings haftet, auch wenn er den Fehler derselben nicht wußte, findet statt, wenn die Abwesenheit dieses Fehlers und die Integrität der Sache nothwendig

angerühmter Eigenschaften derselben, welche nachher der Verkäufer nicht gewähren kann, andeuten, wie *Guil.* Budaeus in Annotat. in Pandectas ad h. L. pag. 163. aus Stellen des *Nonius*, *Cicero* und *Plautus* bewiesen hat.

25) Vestimenta interpola sind alte, neu aufgefärbte, und wieder zugestutzte Kleider. S. Brissonius de Verbor. Signif. sub voc. *Interpolus.*

dürfe [28]). So soll nämlich folgende Gesetzstelle zu verstehen seyn.

*L.* 11. §. 10. *D. de act. emti et vend.* Ulpianus *libro XXXII. ad Edictum.* Idem Neratius ait, propter omnia haec satis esse, quod plurimum est praestari: id est, ut sequentibus actionibus, deducto eo, quod praestitum est, lis aestimetur.

Diese Stelle müsse nun mit *L. un. C. de sententiis, quae pro eo, quod interest, prof.* verglichen werden, wo Justinian sagt: Sancimus, in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem, vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus hoc, quod interest, dupli quantitatem minime excedere.

Allein würde es nicht eine offenbare Begünstigung des Dolus und der Lüge seyn, wenn im Falle einer wissentlich verkauften fehlerhaften Sache, oder einer geschehenen Versicherung, die Sache sey fehlerfrey, wovon sich doch nachher das Gegentheil zeigte, der dem Käufer gebührende Schadensersatz sich höchstens auf das Doppelte des wahren Werths der fehlerhaften Sache beschränken sollte, während derselbe bewiesen hat, daß sich der ihm zugefügte Schade weit höher belaufe, wie z. B. in dem Falle, da durch das kranke Thier das gesunde Vieh des Käufers ist angesteckt worden? Sollte also Justinian die für diesen Fall oben angeführten speciellen Gesetze durch die *L. un. Cod. de sentent. quae pro eo, quod interest* aufgehoben haben, ohne ein Wort davon zu sagen? Dieß

28) S. Westphal vom Kauf. §. 524. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 195. und Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 672. Not. 2.

läugnen wenigstens die meisten Rechtsgelehrten [29]), und, wie ich glaube, nicht ohne Grund. Es ist auch mit nichts erwiesen, daß das, *quod plurimum est*, gerade das duplum bezeichne. Der Sinn der *L.* 11. §. 10. *D. de act. emti* geht vielmehr, wie auch die Glosse sagt, dahin; der Käufer soll das ganze Interesse erhalten, er muß sich aber auch damit begnügen, und sich daher dasjenige, was er bereits an Schadensersatz erhalten hat, billig anrechnen lassen, wenn er etwa nachher der Sache wegen aufs neue zu klagen veranlaßt werden sollte.

Endlich muß 4) der Verkäufer auch den Käufer von aller Verbindlichkeit befreyen, die er der Sache oder des Geschäfts wegen hat übernehmen müssen. Z. B. wenn der Käufer das Kaufgeld noch nicht bezahlt, aber deswegen dem Verkäufer Caution geleistet hat, oder wenn er einem Dritten Caution de damno infecto machen mußte. Von dieser Verbindlichkeit des Verkäufers handeln folgende Gesetzstellen.

*L.* 29. *§.* 1. *D. h. t.* ULPIANUS *libro I. ad Ed. Aedil. curul.* Item emtori praestandum est, *ut pe-*

29) S. *Ge.* FRANTZKIUS Commentar. in Pandect. h. t. nr. 108. et 109. *Hub.* GIPHANIUS Explanat. difficilior. et celebr. LL. Cod. ad L. un. de sentent. quae pro eo quod interest. P. II. pag. 263. sq. *Io.* STRAUCH Dissertation. aedilitiar. I. quae est de redhibitoria actione. Cap. VII. §. 3. *Io. Matth.* MAGNUS Rationum et Differentiar. iuris civ. Lib. II. c. 10. (in *Thes. Meerman.* Tom. III. pag. 310.) *Gabr. de* GAST Commentar. in tit. Cod. de sententiis, quae pro eo, quod int. (in *Thes. Meerm.* T. VI. pag. 770.) *Ant.* PEREZ Praelect. in Cod. Lib. VII. Tit. 47. nr. 20. u. a. m.

oder, wenn ihm durch seine Schuld dieser Gewinn nicht zu Theil werden sollte, den Verkäufer deshalb entschädigen wolle. Ist hingegen

b) der Käufer, der Sache wegen, von einem Dritten in Anspruch genommen worden, so muß ihm der Verkäufer Sicherheit bestellen, daß er ihn schadlos halten wolle, wenn gegen ihn erkannt werden sollte.

*L.* 21. §. 2. *D. h. t.* ULPIANUS *libro* 1. *ad Ed. Aedil. curul.* Idem POMPONIUS ait, interdum etiam dupliciter cautiones interponi debere: alias in praeteritum, alias in futurum: utputa si eius servi nomine, qui redhibetur, emtor procuratorve eius iudicium accepit, vel quod cum eo ageretur [31]), vel quod ipse eius nomine ageret [32]). Cavendum autem esse ait, *si quid* [33]) *sine dolo malo emtor condemnatus fuerit, aut dederit, his rebus recte praestari* [34]): vel *si quid ex eo, quod egerit, ad eum per-*

31) Z. B. mit einer Noxalklage.

32) Z. B. mit der actio furti.

33) Cod. Erlang. hat si *quidem.* Allein die florentinische Leseart ist nicht zu verwerfen. Denn *si quid* ist soviel, als si qua in re; oder das *quid* kann auch blos der Eleganz wegen zum Ueberfluß gesetzt seyn, wie es sehr oft bey den Klassikern gebraucht wird. S. die Not. 40. ad h. L. in der Gebauerischen Ausgabe des Corp. iur. civ.

34) Die Formel *his rebus recte praestari* ist mehreren Cautionen gemein. *L.* 19. *D. de rei vindicat.* *L.* 73. §. 1. *D. ad L. Falcid.* *L.* 71. §. 1. *D. de Verbor. Significat.* In der letzteren Stelle wird gesagt: Haec verba: *his rebus recte praestari*, hoc significant, ne quod periculum, vel damnum ex ea re stipulator sentiret. S. *Iac.* CUJACIUS in Comm. ad h. L. und Westphal vom Kauf. § 498.

*venerit, dolove malo, vel culpa eius factum sit, quominus perveniret, iisdem diebus* [35]) *reddi.*

*L.* 30. *pr. D. h. t.* PAULUS *libro I. ad Edictum Aedil. curul.* Item si servi redhibendi nomine emtor iudicium accepit, vel ipse eius nomine dictavit [36]), cavendum ex utraque parte erit, *ut, si quid sine dolo malo condemnatus sit*, vel *si quid ex eo, quod egerit, ad eum pervenerit, dolove malo eius factum sit, quo minus perveniret, id reddat.*

2) Wenn der Käufer die Sache zwar vorjetzt zurückzugeben nicht im Stande ist, aber Hoffnung hat, sie wieder zu erhalten. Hier kann der Käufer gegen den Verkäufer sogar auf Rescission des Contracts klagen, und desselben Verurtheilung bewirken, wenn er Caution leistet, daß er die Sache aufsuchen, und sobald er sie gefunden haben würde, dieselbe dem Verkäufer noch zurückgeben wolle. Jedoch findet dieses nur in dem Falle statt, wenn der Verkäufer den Fehler der Sache wußte, und

35) So lieset die florentinische Ausgabe der Pandecten; unser Erlanger Codex hat dieselbe Leseart. Haloander lieset dagegen iisdem *de rebus* reddi. Baudoza *his de rebus* reddi. *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. XVII. cap. 21. in fin. hält alle diese Lesearten für unrichtig. Er meint, es müsse ID REDDI gelesen werden. Dieß beweise *L.* 30. *pr. D. h. t.* Die unrichtige Leseart *hisce diebus* sey daher entstanden, daß man das Wort ID für zwey einzelne Buchstaben *I. D.* oder Sigla gehalten, und diese auf eine solche ungereimte Art erklärt habe; welches auch allerdings sehr glaublich ist.

36) *L.* 1. §. 1. *D. de edendo.* S. den 3. Th. dieses Commentars §. 270.

ihn arglistig verschwieg. Denn ist der Verkäufer in bona fide, so kann der Käufer nicht eher auf Redhibition klagen, als wenn er die Sache wieder in seine Hände bekommen, und solche dem Verkäufer zu restituiren im Stande ist[37]). Der Fall kam bey den Römern vorzüglich bey flüchtigen Sklaven vor. Es gehören hieher folgende Gesetzstellen.

*L. 21. §. 3. D. h. t.* Ulpianus *libro I. ad Edictum Aedil. curul.* Idem (Pomponius) ait, futuri temporis nomine cautionem ei, *qui sciens vendidit*, fieri solere. Si in fuga est homo *sine culpa emtoris*, et[38]) nihilo minus condemnatur venditor: tum enim cavere oportere, *ut emtor hominem persequatur, et in sua potestate redactum venditori reddat.*

*L. 22. D. eodem.* Caius *libro I. ad Edictum Aedil. cur. Et neque per se, neque per heredem suum futurum, quo minus eum hominem venditor habeat.*

*L. ult. Cod. de aedilit. action.* Imppp. Gratianus et Valentinianus et Theodosius AAA. *Nebridio* P. U. Habito semel *bonae* fidei contractu, mancipioque suscepto, et pretio soluto, *ita demum repetendi pretii potestas est ei, qui mancipium comparavit, largienda: si illud, quod dixerit fugitivum, poterit exhibere.*

37) S. Pothier Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. LXII. not. c. p. 599. und Westphal vom Kauf. §. 497.

38) Das *et* steht in dem Erlang. Codex nicht.

Die Worte habito semel *bonae fidei* contractu sind hier, wie sie auch Jacob Gothofredus [39]) ganz richtig erklärt hat, offenbar von einem solchen Falle zu verstehen, wo der Verkäufer, welcher einen servus fugitivus verkauft hatte, in bona fide war, und es ist falsch, wenn Westphal [40]) glaubt, daß die Worte bonae fidei contractu eine bloße Beschreibung des Kaufs seyn sollen. Daß die Worte *bonae fidei* soviel, als bona fide heißen sollen, beweisen nicht nur die Basiliken [41]), in welchen dieselben folgendermaßen griechisch übersetzt sind: *Γεγομένου ἅπαξ πίστει καλῇ τοῦ συναλλάγματος*, sondern auch die griechischen Ausleger, welche in den Scholien [42]) unser Gesetz durch den entgegengesetzten Fall erläutern, da der Kauf von Seiten des Verkäufers nicht bona fide ist geschlossen worden, von welchem *L.* 21. *§ ult. D. h. t.* spricht. In jenem Falle also, da der Verkäufer in bona fide ist, kann der Käufer das Kaufgeld anders nicht mit Recht zurückfordern, als wenn er den Sklaven, von welchem er behauptet, daß er ein Flüchtling sey, dem Verkäufer wieder auszuliefern im Stande ist. Dieß ist der wahre Sinn der Worte: *si illud* sc. mancipium, *quod dixerit fugitivum, poterit exhibere*, welche von der Gloße [43])

39) Commentar. ad L. un. Cod. Theodos. de aedilitiis actionib. (III. 4.) Tom. I. pag. 298. Edit. *Ritter*.

40) Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf. §. 492. S. 379.

41) Tom. II. Lib. XIX. Tit. 10. Const. 18. p. 402. edit. *Fabrot*.

42) S. *Basilica* a. a. O. pag. 406. not. k.

43) *Glossa ad L. ult. Cod. de aedilit. act.* sagt: Si pretium repetas, quia vendidi fugitivum, probare habes ipsum fugitivum. *Exhibere* idem est ac *probare* vel *ostendere*.

ganz falsch so verstanden worden sind, wenn der Käufer beweisen könne, daß der Sklave, den er gekauft hat, schon vor dem Contract den Fehler gehabt habe, daß er seinem Herrn einmal davongelaufen sey. Denn daß das Wort *exhibere* hier nicht soviel als probare heiße, sondern für sistere, reddere, oder restituere zu nehmen sey, hat schon Cujaz [44]) gezeigt, und es ergiebt sich dieses aus den Basiliken ganz deutlich, wo unsere Stelle so übersetzt ist: *ἐὰν ἐκεῖνο, ὅπερ εἶπε πεφουγός ἀνδράποδον, δυνηθῇ παραστῆσαι.* Mit Recht sagt daher Gothofredus [45]): Exhibendi servi necessitas desideratur, vel potius aequitas hic admittitur: quia hac ratione nulla fit iniuria etiam bonae fidei venditori, si servum a se venditum recipere cogatur, et ipse vicissim pretium restituere.

3) Wenn der Verkäufer besorgt, die Sache möchte von dem Käufer mit Lasten, z. B. Pfandrecht, oder Servitut, beschwert, oder durch dessen Schuld und Anstiften mit einer noxa behaftet seyn, so kann er bey der Zurückgabe derselben von dem Käufer die cautio de dolo verlangen, um auf den einen oder andern Fall wegen der Entschädigung gesichert zu seyn. Von dieser Caution ist schon oben (S. 79.) gehandelt worden.

D. In Absicht auf die Ordnung der Erfüllung der bisher bemerkten gegenseitigen Verpflichtungen haben die Aedilen verordnet, daß der Käufer, welcher auf die Aufhebung des Contracts klagt, mit Leistung dessen, was ihm seiner Seits obliegt, den Anfang machen müsse.

44) Recitat. solemn. in Cod. Lib. VII. Tit. 58. in fine.

45) Loc. cit. T. I. pag. 298.

Ehe der Käufer dieses nicht geleistet hat, kann der Verkäufer nicht verurtheilt werden. Sollte es jedoch in dem vorkommenden Falle unsicher seyn, dem Verkäufer die Sache zurückzuliefern, ehe er seiner Seits gethan hat, was ihm obliegt, so muß sich der Verkäufer vor der Hand damit begnügen, daß ihm der Käufer Caution leistet, er wolle ihm die Sache nebst Zubehörung zurückgeben, wen er ihm binnen einer gewissen Zeit den Preis und übrige bey Schließung des Kaufs gehabte Kosten wieder bezahlt haben würde.

*L. 25. §. 10. D. de aedilit. Edicto.* Ulpianus *libro I. ad Edict. Aedil. cur.* Ordine fecerunt Aediles, ut ante venditori emtor ea omnia, quae supra scripta sunt, praestet: sic deinde pretium consequatur.

*L. 26. D. eodem.* Caius *libro I. ad Edictum Aedil. cur.* Videamus tamen, ne iniquum sit, emtorem compelli dimittere corpus, et ad actionem iudicati mitti, si interdum nihil praestatur propter inopiam venditoris: potiusque res ita ordinanda sit, *ut emtor caveat, si intra certum tempus pecunia sibi soluta sit, se mancipium restituturum.*

E. Es ist übrigens in Rücksicht auf das Verhältniß der gegenseitigen Leistungen noch ein Unterschied merkwürdig, welchen die Gesetze zwischen dem Käufer und Verkäufer machen, der darin besteht.

1) Hat eine Person, welche unter der Gewalt eines Familienhaupts steht, ein servus, oder filiusfamilias, eine Sache verkauft, die zu ihrem Peculium gehört, und diese wird als fehlerhaft befunden, so kann gegen den Herrn oder Vater mit der Klage aus dem Edict nur in

peculium, d. h. soweit das peculium reicht, geklagt werden. Denn diese Klage entspringt aus dem Contract. Zu dem Peculium gehört nun zwar freylich die Sache selbst nicht mehr, welche verkauft worden, so lange dieselbe von dem Käufer noch nicht zurückgegeben ist. Denn diese ist in das Eigenthum des Käufers übergegangen. Das, was nun zum Peculium zu rechnen ist, ist der Preis, welchen der Käufer für die Sache bezahlt hat, gesetzt, auch die Sache wäre um einen viel höhern Preis angeschaft worden. Nur der für die Sache bezahlte Kaufpreis ist daher die causa redhibitionis, d. h. er macht den Gegenstand aus, um welchen geklagt wird, und welcher nun auch das Pekulium ausmacht. Dieses Pekulium muß aber auch noch dem Verkäufer gehören. Denn hätte es der Herr oder Vater noch vor erhobener Klage des Käufers ohne Gefährde zurückgenommen, oder wäre ihm die unter seiner Gewalt stehende Person eben so viel, oder noch mehr schuldig, als ihr peculium beträgt, so hat die Klage de peculio gar nicht mehr Statt, wie folgende Gesetzstellen lehren.

*L.* 23. §. 4. *D. h. t.* Ulpianus *libro I. ad Edict. Aed. cur.* Si servus sit, qui vendidit, vel filiusfamilias, in dominum, vel patrem *de peculio* aedilitia actio competit: quamvis enim poenales videantur actiones [46]), *tamen quoniam ex contractu*

46) Der Grund, warum die actiones aedilitiae poenales zu seyn scheinen, ist nicht, wie Westphal vom Kaufe §. 483. sagt, weil sie zuweilen auf das Interesse gehen, sondern vielmehr, weil sie zuweilen auf das Duplum gehen. *L.* 45. *D. h. t.* S. *Pet.* Duirsema Conjectur. iur. civ. L. I. cap. 7. §. 2. p. 120. Es wird davon an seinem Ort gehandelt werden.

*veniunt*, dicendum est, *eorum quoque nomine*, *qui in aliena potestate sunt*, competere: proinde et si filiafamilias vel ancilla distraxit, aeque dicendum est, actiones aedilitias locum habere.

*L.* 57. *§.* 1. *D.h.t.* Paulus *libro V. Quaestionum.* Quod si servus vel filius vendiderit (sc. mancipium), redhibitoria *in peculium* competit: *in peculio autem et causa redhibitionis continebitur* 47): nec nos moveat, quod, antequam reddatur servus, non est in peculio: non enim potest esse in peculio servus, qui adhuc emtoris est: *sed causa ipsius redhibitionis in peculio computatur*: igitur si servus, decem millibus emtus, quinque millibus sit 48), haec quoque

47) *In peculio causa redhibitionis continebitur* heißt, wie Cujacius in Commentar. in librum V. Quaestion. Pauli ad h. L. (*Operum postumor.* Tom. II. pag. 1077.) diese Stelle erklärt, pretium, quod emtor persequitur actione redhibitoria, in peculio venditoris computabitur.

48) Cujaz a. a. O. glaubt es sey hier per asyndeton das Wort aut weggelassen, und daher so zu lesen, *aut* quinque millibus sit. Allein dazu ist keine Nothwendigkeit vorhanden, wie auch Westphal vom Kauf §. 483. ganz richtig bemerkt hat. Pothier in Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. LXXXI. not. b. will diese Stelle so erklären, es werde nur der Werth auf das peculium gerechnet, den die Sache wirklich hat, nicht der, für welchen sie verkauft worden ist. Debet in peculio computari, sagt er, id quanti est res illa, quae veniit. Wenn also der Sklave um 10000 verkauft worden, aber nur 5000 werth wäre, und der Käufer aus dem Contract gegen den Herrn des Verkäufers klagt, so seyen auf das peculium nur 5000 zu rechnen, und weiter dürfe der Herr nicht haften. Diese Erklärung stimmt zwar mit der Leseart des Haloanders überein, welcher quin-

in peculio esse dicemus. Hoc ita, si nihil domino debeat, aut ademtum peculium non est [49]). Quodsi plus domino debeat, eveniet, ut hominem praestet, et nihil consequatur.

Ganz anders verhält sich's, wenn eine solche Person, die unter der Gewalt eines Familienhaupts steht, ein servus oder filiusfamilias, eine fehlerhafte Sache gekauft hat. Hier kann zwar der Herr oder Vater aus dem Edict auf die Rescission des Handels klagen, allein er muß das alles leisten, was in diesem Falle der Käufer zu leisten hat, wenn er das Geschäft selbst geschlossen hätte. Ob das Peculium des Sohns oder Sklavens zureicht, kommt hier nicht in Betrachtung. Es ist hier eben so, als wenn der Herr oder Vater ex emto klagen wolle, daß ihm der Verkäufer die von seinem Sklaven oder Sohn in Rücksicht des Peculiums gekaufte Sache übergebe. Bezahlt er dem Verkäufer nicht das ganze Kaufgeld, so wird er gegen ihn nichts ausrichten, wie ebenfalls **Paulus** am angeführten Orte lehrt.

*L. 57. pr. D. h. t.* Si servus mancipium emit, et dominus redhibitoria agat, non aliter ei vendi-

que *millium* lieset. Allein es ist gar kein Grund vorhanden, warum nicht der ganze Kaufpreis auf das peculium gerechnet werden sollte, da ja das peculium eine universitas iuris ist, bey welcher, wie bekannt ist, der Werth an die Stelle der Sache tritt. Der Sinn geht also vielmehr dahin, der Preis des verkauften Sklavens ist es, welcher hier das peculium des Verkäufers ausmacht, woraus der Käufer befriediget werden muß, wenn auch der Sklave um einen höhern Preis wäre gekauft worden, als er verkauft worden ist.

49) Nämlich sine fraude. S. *Franc.* Balduinus in Annotat. ad h. L. p. 914. und Pothier c. l. not. b.

tor daturus est, *quam si omnia praestiterit, quae huic actioni continentur:* et quidem solida, *non peculio tenus.* Nam et si *ex emto* dominus agat, nisi pretium totum solverit, nihil consequitur.

Der Grund dieses Unterschieds liegt darin, weil hier der Herr oder Vater, welcher auf die Aufhebung des Handels klagt, das Geschäft zu dem seinigen macht. Der Handel wird also nun als sein eigner angesehen. Dieß kann man aber nicht sagen, wenn der Herr oder Vater aus dem geschlossenen Contract seines Sklaven oder Sohns belangt wird [50]). Ueberdem ist es bey der Aufhebung des Contracts gerade eben so, als wenn auf die Erfüllung geklagt wird. Der Kläger muß erst seiner Seits der Pflicht, die er auf sich hat, nachkommen, ehe er die Verurtheilung seines Gegners verlangen kann. Dem Gegner kommt auch hier der Vortheil der Compensation zu statten, wodurch er das Ganze erhalten kann, was er, wenn er selbst klagte, nur peculio tenus erhalten würde [51]).

2) Leistet der Käufer nicht, was ihm obliegt, so kann er nicht verlangen, daß der Verkäufer verurtheilt werde, sondern er muß mit der Klage abgewiesen werden. Wenn hingegen der Verkäufer seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, nachdem der Käufer das Seinige gethan hat, so wird erster dazu durch richterliches Erkenntniß verurtheilt; ja er kann sogar, wenn er ungehorsam den Preis nebst Zinsen zu restituiren, oder die wegen der noch nicht bezahlten Kaufsumme von dem Käufer gegebene Sicherheit zu tilgen verweigert, zum doppelten Ersatz verurtheilt werden.

50) S. Cujacius c. l. und Westphal §. 518.

51) *L.* 9. *D. de compensat.* S. Balduinus in Annotat. ad L. 57. §. 1. D. h. t.

*L. 29. pr. D. h. t.* ULPIANUS *libro I. ad Edict. Aed. cur.* Illud sciendum est, si emtor venditori haec non praestat, quae desiderantur in actione[52]), non posse ei[53]) venditorem condemnari: Si autem emtori venditor ista non praestat, condemnabitur ei.

*L. 45. D. h. t.* CAIUS *libro I. ad Edictum Aedil. cur.* Redhibitoria actio duplicem habet condemnationem: modo enim in duplum, modo in simplum condemnatur venditor: *nam si neque pretium, neque accessionem solvat, neque eum, qui eo nomine obligatus erit, liberet, dupli pretii, et accessionis condemnari iubetur:* si vero reddat pretium et accessionem, vel eum, qui eo nomine obligatus est, liberet, simpli videtur condemnari.

Donellus[54]) meint zwar, es sey hier von keiner poena dupli die Rede, so wie sie bey Klagen Statt habe, die auf das Doppelte gehen, sondern der Sinn dieser Stelle sey blos der, die Klage auf Redhibition ziehe in so fern eine duplex condemnatio nach sich, als der Beklagte verurtheilt werden könne, dem Kläger sowohl sein Geld wieder zu geben, als ihn von der deshalb übernommenen Verbindlichkeit zu befreyen. Die *condemnatio duplex* sey also nichts anders, als duarum rerum condemnatio. Habe hingegen der Verkäufer zwar das Eine geleistet, aber nicht auch das Andere, so erfolge eine condemnatio in simplum. Allein diese Erklärung wi-

52) Cod. Erl. in *hac* actione.

53) Cod. Erl. non posse venditorem condemnari.

54) Commentar. iuris civ. Lib. XIII. cap. 3. §. His personis. pag. 631. edit. *Francofurt.* 1626. f.

erlegt sich schon aus den Worten der angeführten Gesetzstelle von selbst. Denn wie kann Erstens eine Verurtheilung zur Wiedererstattung des bezahlten Kaufgeldes, und zur Tilgung der deshalb geleisteten Sicherheit, von welcher doch das Gesetz spricht, neben einander Statt haben, da die letztere den Fall voraussetzt, daß der Käufer das Kaufgeld noch nicht bezahlt, sondern dem Verkäufer der Zahlung wegen einen Bürgen gestellt hat? Sodann aber sagt ja zweytens das Gesetz deutlich genug, der Verkäufer solle, wenn er seiner Verbindlichkeit nicht nachkommt, sondern sich eines Ungehorsams schuldig macht, in duplum *pretii et accessionis* condemnirt werden. Eben in dieser Beziehung sagt Ulpian[55]), die Klage auf Redhibition scheine eine Pönalklage zu seyn. Die duplex condemnatio, von welcher Cajus spricht, bezieht sich also vielmehr darauf, daß diese Klage zu den actionibus arbitrariis gehört, welche die besondere Eigenschaft haben, daß sich der Beklagte, wenn er der richterlichen Sentenz keine Folge leistet, eine härtere Verurtheilung zuzieht. Ist also der Beklagte verurtheilt worden, dasjenige zu leisten, was die Klage auf Redhibition von ihm fordert, so ist das die condemnatio in simplum. Leistet er nun der richterlichen Sentenz Folge, so hat es dabey sein Bewenden. Ist er aber ungehorsam, so erfolgt dann die condemnatio in duplum. Dieß, glaube ich, ist die wahre Meinung des Cajus[56]).

55) *L.* 23. §. 4. *D. h. t.*

56) S. *Franc.* BALDUINUS in Annotat. in hunc Tit. ad L. 45. D. cit. (Tom. I. *Iurispr. Rom. et Attic.* pag. 909.) *Reinh.* BACHOV Notae et Animadvers. in *Treutlerum.* Vol. II. Disp. II. Th. 2. lit. D. *Ger.* NOODT Comment.

E. Sind mehrere Interessenten vorhanden, so lassen sich folgende Fälle gedenken.

1) Mehrere haben eine Sache vereint und im Ganzen gekauft, oder der Käufer ist gestorben, und hat mehrere Erben hinterlassen. Hier müssen alle Interessenten, die an dem Kaufe Antheil haben, in die Redhibition einwilligen, und zu dem Ende einen gemeinschaftlichen Anwalt bestellen. Einer kann nicht blos für seinen Antheil die Sache zurückgeben, weil sonst der Verkäufer in Ansehung der übrigen zu einer ihm lästigen Gemeinschaft genöthiget werden würde. Wäre aber die Redhibition schon geschehen, oder könnte die Sache nicht zurückgegeben werden, weil sie durch einen Zufall, der jedoch den Interessenten auf keine Weise zur Last fällt, umgekommen ist; so kann jeder auf seinen Antheil klagen, der ihm an den Kaufgelde und Zinsen desselben, so wie auch der weitern Entschädigung, gebührt; jeder vergütet auch nur für seinen Antheil die gehabten Nutzungen, und zugefügten Schäden. Es muß nur nicht etwa die Frucht untheilbar, oder der Schaden blos von dem einen der Interessenten allein geschehen seyn [57]).

*L. 31. §. 5. D. h. t.* Ulpianus *libro I. ad Edict. Aedil. cur.* Si plures heredes sint emtoris, an

in Dig. h. t. §. Dixi. pag. 458. sq. *Ge.* Frantzkius Commentar. in Dig. h. t. nr. 97. und Westphal vom Kauf. §. 537.

57) S. *Ant.* Schulting Thes. controvers. Dec. LXXXV. Th. 3. Voet Commentar. ad Pand. h. t. §. 7. Pothier Pandect. Iustin. T. I. h. t. Nr. LVIII. et LIX. Westphal vom Kauf. §. 532—535. und Thibaut Syst. des Pand. Rechts 1. B. §. 193.

omnes ad redhibendum consentire debeant, videamus? Et ait POMPONIUS, *omnes consentire debere ad redhibendum*, dareque unum procuratorem: ne forte venditor iniuriam patiatur, dum ab alio partem recipit [58]) hominis, alii in partem pretii condemnatur, quanti minoris is homo sit [59]).

§. 6. *eiusd. L.* Idem ait, *homine mortuo, vel etiam redhibito*, singulos *pro suis portionibus* recte agere. Pretium autem, et accessiones pro parte recipient: sed et fructus, accessiones [60]), et si quo deterior homo factus est, *pro parte* praestabitur ab ipsis: nisi forte tale sit, quod divisionem non recipiat: utputa ancillae partus: in hoc enim idem servandum est, quod in ipsa matre vendita, quam pro parte redhiberi posse negavimus.

§. 7. MARCELLUS quoque scribit, si servus communis servum emerit, et sit in causa redhibitionis, *unum ex dominis pro parte sua redhibere servum non posse*: non magis, inquit, quam cum em-

58) Cod. Erl. liest: *recepit.*

59) Cod. Erlang. hat alii *non* in partem pretii *condemnetur, sed* quanti minoris is homo sit. Eben so Baudoza Cestius.

60) Cod. Erlang. hat *et accessiones.* Westphal vom Kaufe erklärt *fructus accessionis* durch fructus rei et accessionis. Allein fructus accessionis gehört nicht zusammen, sondern ist durch ein Komma getrennt. *Accessionis* ist daher nicht der Genitivus, sondern der alte Accusativus, der in den Pandecten gar nicht ungewöhnlich ist; es ist also soviel als *accessiones*, wie *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. et Observat. var. ad Pand. Dissert. XIX. ad libr. XXI. h. t. §. 4. sehr richtig bemerkt hat.

tori plures heredes exstiterunt, nec omnes ad redhibendum consentiunt.

§. 9. Pomponius ait, si unus ex heredibus vel familia eius, vel procurator, culpa vel dolo fecerit rem deteriorem, aequum esse, in solidum eum teneri arbitrio iudicis.

2) Mehrere Einzelne haben eine Sache von Einem theilweise gekauft. Hier klagt ein Jeder derselben wegen seines Antheils.

*L.* 31. §. 10. *in fin. h. t.* Ulpianus *libro I. ad Edict. Aedil. cur.* Item si plures singuli *partes* ab uno emant, *tunc pro parte quisque eorum experietur:* sed si in solidum emant, unusquisque in solidum redhibebit. Der Grund ist, weil hier so viel einzelne Käufe geschlossen worden, als Theile sind, die jeder gekauft hat.

3) Es ist von mehreren eine Sache verkauft worden. Hier ist zu unterscheiden.

a) Die Sache ist von den mehreren Verkäufern gemeinschaftlich und im Ganzen verkauft worden.

Hier kann zwar nach dem Civilrecht, nämlich mit der actio ex emto, gegen einen jeden derselben nur zu seinem Antheil, den er an der Sache hatte, geklagt werden; allein nach dem Edikt der Aedilen kann auch, wenn man nicht gegen alle zusammen klagen will, die Redhibition einem jeden Einzelnen, welcher den größten, oder wenigstens keinen geringern Antheil, als die Andern, an der verkauften Sache hatte, in solidum geschehen. Der Grund hiervon ist Billigkeit, damit nicht der Käufer genöthiget werde, mit mehreren Beklagten

zugleich verschiedene Prozesse zu führen. Mehrere [61]) behaupten zwar, es sey dieses von den Aedilen nur Ausnahmsweise bey den Sklavenhändlern verordnet werden; der Regel nach wären daher mehrere Verkäufer nur zu ihrem Antheile verpflichtet. Allein mögen auch vielleicht die Betrügereyen der Sklavenhändler zu dieser Verordnung Anlaß gegeben haben, so ist doch der Grund der Billigkeit, welchen die Aedilen anführen, ganz allgemein, und daher die Verordnung nicht blos auf diese einzuschränken. Es ist vielmehr, wie die nachher folgenden Gesetze beweisen werden, von den Gesetzen der Grundsatz angenommen, mehrere, welche eine Sache in solidum verkauft haben, haften auch wegen der Redhibition in solidum. Dieß ist auch die Meinung unserer Practiker [62]).

b) Die Sache ist von den mehreren Interessenten theilweise verkauft worden, weil jeder von denselben ein abgetheiltes Stück von dem Ganzen besaß. In diesem Falle hat gegen jeden derselben eine abgesonderte Klage Statt. Es ist daher auch hier der Fall möglich, daß gegen den Einen auf Redhibition, gegen den Andern aber auf Minderung des Werths geklagt wird.

4) Es ist die Sache zwar nur von Einem verkauft worden, der Verkäufer ist aber gestorben, und hat meh-

61) *Ulr.* HUBER in Eunomia Rom. ad L. 44. §. 1. D. h. t. pag. 753. Westphal vom Kauf §. 532. Thibaut System 1. B. §. 193. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 2. B. §. 2014.

62) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 32. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 23. FRANTZKIUS Comm. ad Dig. h. t. nr. 94. SCHAUMBERG Compend. iuris Dig. h. t. §. 7.

rere Erben hinterlassen. Hier kann gegen die einzelnen Interessenten nur pro rata geklagt werden.

*L.* 44. §. 1. *D. h. t.* PAULUS *libro II. ad Edict. Aedil. curul.* Proponitur actio ex hoc Edicto in eum, cuius maxima pars in venditione fuerit: quia plerumque venaliciarii ita societatem coëunt, ut quidquid agunt, in commune videantur agere: aequum enim Aedilibus visum est, vel in unum ex his, cuius maior pars, aut nulla parte minor esset, aedilitias actiones competere: ne cogeretur emtor cum multis litigare: quamvis actio ex emto cum singulis sit pro portione, qua socii fuerunt: nam id genus hominum ad lucrum potius, vel turpiter faciendum, pronius est.

*L.* 31. §. 10. *D. h. t.* ULPIANUS *libro I. ad Ed. Aedil. curul.* Si venditori *plures heredes* exstiterint, singulis pro portione hereditaria poterit servus redhiberi: et *si servus plurium venierit*, idem erit dicendum: nam[63]) si unus a pluribus[64]), vel plures ab uno[65]), vel plura mancipia ab uno emantur, verius est dicere, si quasi plures rei fuerunt venditores, singulis in solidum redhibendum: si tamen partes emtae sint a singulis, recte dicetur, alteri quidem posse redhiberi, cum altero autem agi quanto minoris.

63) POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. LVIII. not. i. bemerkt, daß *nam* hier soviel als sed heiße. Diese Bedeutung ist auch bey den Klassikern nicht ungewöhnlich. S. STRAUCH Lexicon particular. iuris. h. v.

64) sc. emerit.

65) sc. emerint. Cod. Erl. lieset auch: vel plures ab uno *emerunt*. Bey Haloander fehlen diese Worte ganz.

Der Grund dieses Unterschieds, welchen die Gesetze zwischen den Erben des Verkäufers und denen des Käufers machen, ist leicht einzusehen. Denn die Erben des Verkäufers würden doch nur pro portione sua hereditaria ein Recht an den Sklaven gehabt haben. Der Verkäufer aber ist der alleinige Eigenthümer der ganzen Sache. Die Erben des Käufers müssen ihm also auch das Ganze zurückgeben, wenn eine vollkommene Wiederherstellung des vorigen Zustandes geschehen soll [66]).

II. Wird auf Verminderung des Werths geklagt, so setzt dieses den Fall voraus, daß die verkaufte Sache einen solchen Fehler habe, der sie zwar nicht ganz unbrauchbar macht, aber dennoch ihren Werth verringert. Denn ist sie ganz unbrauchbar, so kann der Richter sogar von Amts wegen auf die Redhibition erkennen, wenn auch nur auf Minderung des Werths geklagt worden wäre, wie Paulus in folgender Gesetzstelle lehrt.

*L.* 43. §. 6. *D. h. t.* Aliquando etiam redhiberi mancipium debebit, licet aestimatoria, id est, quanto minoris, agamus: nam si adeo nullius sit pretii, ut ne expediat quidem tale mancipium domino habere [67]), veluti si furiosum, aut lunaticum [68]) sit, licet aestimatoria actum fuerit, officio

66) S. Balduinus in Annotation. in h. Tit. Dig. ad L. 31. §. 5. cit. pag. 897.

67) Cod. Erl. lieset *dominum* habere.

68) Unter lunaticum soll hier eine Art von Wahnsinn angedeutet werden. S. Brissonius h. v.

tamen iudicis continebitur, ut, reddito mancipio, pretium recipiatur [69]).

Die Verringerung des Werths wird nun darnach bestimmt, welchen Preis der Käufer bezahlt haben würde, wenn er den Fehler der Sache gewußt hätte. Hat also der Käufer für die Sache 20 Rthlr. gegeben, er würde aber, wenn er den Fehler derselben gekannt, 6 Rthlr. weniger dafür bezahlt haben, so kann er verlangen, daß ihm soviel vom Kaufpreise wieder herausgegeben werde, als die Sache des Fehlers wegen weniger werth ist. So belehrt uns hierüber **Ulpian** *libro* 46. *ad Sabinum*, woraus die *L.* 32. §. 1. *D. de eviction.* genommen ist: Ergo et illud procedit, quod JULIANUS *libro quinto decimo Digestorum* scribit: egit sc. emtor, inquit, quanti minoris propter fugam servi, deinde agit propter morbum: id agendum est, inquit, ne lucrum faciat emtor, et bis eiusdem vitii aestimationem consequatur. Fingamus emtum decem: minoris autem emturum fuisse duobus, si tantum fugitivum esse scisset emtor: haec consecutum propter fugam: mox comperisse, quod non esset sanus: similiter duobus minoris emturum fuisse, si de morbo non ignorasset: rursus consequi debebit duo: nam, et si de utroque simul egisset, quatuor esset consecuturus: quia eum forte, qui neque sanus et fugitivus esset, sex tantum esset emturus. Es erhellet zugleich aus diesem Gesetz, daß auf Minderung des Werths mehrmalen mit der Wirkung geklagt werden kann, daß wenn auch der Käufer mit der ersten Klage von dem Kaufgelde zurückerhielt, was er für die Sache

69) Cod. Erlang. hat *restituatur.*

des Fehlers wegen weniger bezahlt hätte, er doch wegen eines nachher entdeckten neuen Fehlers aufs neue auf Minderung des Werths klagen kann. Es darf nur des nämlichen Fehlers wegen nicht zweymal geklagt werden. Ulpian bemerkt das Nämliche auch in seinem Commentar über das ädilizische Edict, in welchem er sich, wie es *L.* 31. §. 16. *D. h. t.* heißt, auf folgende Art erklärt: Si quis egerit quanto minoris propter servi fugam, deinde agat propter morbum: quanti fieri condemnatio debeat? *Et quidem saepius agi posse quanto minoris, dubium non est:* sed ait JULIANUS, id agendum esse, ne lucrum emtor faciat, et bis eiusdem rei aestimationem consequatur. Sind mehrere Stücke zusammen gekauft worden, welche sich nicht wohl trennen lassen, so ist der Werth nicht blos nach Proportion des einen mangelhaften Stücks zu mindern, sondern es ist bey Herabsetzung des Werths zugleich darauf zu sehen, was die übrigen Stücke dadurch zugleich an Werth verloren haben, daß ein Stück mangelhaft ist. Eben dieses lehrt Ulpian *L.* 38. §. 13. *D. h. t.* welche aus dessen *libro II. ad Edictum Aedilium curulium* genommen ist. Hier sagt er: Si forte iugum mularum sit, quarum altera vitiosa est [70]), *non ex pretio tantum vitiosae, sed ex utriusque erit componendum* [71]), *quanti minoris sit:* cum enim uno pretio utraeque venierint, non est separandum pretium, sed quanto minoris, cum veniret, utrumque fuit [72]), non alterum, quod erat vitiosum.

70) Cod. Erl. hat *sit.*

71) Cod. Erl. lieset *computandum.*

72) Cod. Erl. *fuerit.*

Auf Minderung des Werths kann übrigens der Käufer auch da klagen, wo er die Redhibition der Sache hätte verlangen können, wenn er die Sache behalten will. Audiendus est is, sagt Pomponius *L.* 48. §. 1. *D. h. t.* qui de vitio vel morbo servi querens, retinere eum velit. Ja die Klage auf Zurückgabe eines Theils des Kaufgeldes findet auch da noch Statt, wo die Klage auf die Rescission des Contracts durch Verjährung erloschen ist, wie ebenfalls Pomponius in der angeführten *L.* 48. §. 2. *h. t.* lehrt: Non nocebit emtori, si sex mensium exceptione redhibitoria exclusus, velit intra annum aestimatoria agere; oder wo die letztere Klage gleich Anfangs unstatthaft ist. Sie ist daher vorzüglich zu gebrauchen, wenn ein Grundstück mit Dienstbarkeiten beschwert ist, welche der Verkäufer dem unwissenden Käufer verschwiegen hat[73]). Daß der Verkäufer in diesem Falle dem Käufer so viel vom Kaufgelde herausgeben müsse, quanti minoris emisset emtor, si scisset, servitutem impositam, setzt Ulpians Ausspruch in der schon oben vorgekommenen *L.* 61. *D. h. t.* ausser Zweifel, womit auch Paulus übereinstimmt, wenn er *L.* 15. §. 1. *D. de evict.* sagt: Sed et si *servitus*[74]) evin-

73) Huber Praelect. iur. civ. ad Pand. h. t. §. 6. Pothier Justin. Tom. I. h. t. Sect. III. Nr. LI. Zauner Introduct. in Dig. iur. civ. P. III. Lib. IV. Tit. 19. §. 7.

74) Daß *servitus* statt servus gelesen werden müsse, hat Cujacius Observat. Lib. II. cap. 20. näher gezeigt. Man sehe den 16. Theil dieses Commentars. §. 985. S. 126. Zwar will Bynkershök in der Not. 38. zu diesem Gesetz der göttinger Ausgabe des Corpus iuris Rom. die Leseart *Servus* vertheidigen, welche auch die Auctorität der florentinischen Handschrift für sich hat. Allein der ganze Zusam-

eatur, quanti minoris ob id praedium est, lis aestimanda est.

Endlich kann auch zuweilen

III. auf Ersatz des Interesse geklagt werden, nämlich wenn der Verkäufer arglistig verfuhr, oder dasjenige nicht leistet, was er ausdrücklich versprochen hat, wie schon oben (S. 89.) mit Mehrerem gezeigt worden ist[75].

Wenn nun hiernächst die Frage entsteht, wenn ehe auf die Aufhebung des ganzen Handels, und wenn auf die Zurückgabe eines Theils des Kaufpreises geklagt werden könne, so glaubt Hellfeld, es komme auf die Beschaffenheit des Fehlers an, ob er die Sache ganz unbrauchbar mache, oder nur ihre Brauchbarkeit verringere? In dem letzten Falle könne nur quanti minoris geklagt werden. Eben so lehrten auch schon vor ihm Huber[76],

menhang lehrt, daß hier servitus, für Prädialservitut genommen, vom Ususfructus unterschieden werden soll. S. Wissenbach Exercitation. ad Pand. Disp. XLI. Th. 16. und Waechtler ad h. L. in Opuscul. iurid. a Trotz edit. pag. 38. Daß auch die Alten das Wort servitus häufig auf solche Art abbreviirten, daß sie servus mit einer darüber gezogenen Linie servus, schrieben, hat *Radulphus* Fornerius Rerum quotidianar. Lib. III. cap. 26. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. II. pag. 220.) bemerkt.

75) Noodt Commentar. ad Dig. h. t. §. Ex tribus T. II. *Operum.* pag. 460. behauptet, die Aedilen hätten hier ein actio in factum gestattet. Man sehe auch Donellus de aedil. Edicto Cap. 5. princ.

76) Praelect. iur. civ. ad Pand. h. t. §. 6.

Böhmer[77]), Ludovici[78]) und Schaumburg[79]) welchen unter den neuern Westphal[80]), Höpfner[81]) und Schmidt[82]) beygetreten sind. Sie sagen wegen eines Hauptmangels, weswegen auf Redhibition geklagt werden konnte, sey es zwar auch dem Käufer freygestellt, die Sache zu behalten, und sich mit der Rückgabe eines Theils des Kaufgeldes zu begnügen[83]); allein unbillig sey es, dem Käufer hierin eine unbedingte Wahl zu gestatten, ob er wegen eines Fehlers, der die Sache nicht ganz unbrauchbar macht, auf die Aufhebung des Contracts, oder auf Minderung des Kaufpreises klagen wolle, da dieses dem Verkäufer unmöglich gleichviel seyn könne, und auch gegen die Natur eines contractus reciprocae praestationis streite. Zwar in den Worten, aber nicht der Sache nach, unterschieden ist die Theorie derjenigen Rechtsgelehrten[84]), welche behaupten, daß auf die Rescission des ganzen Contracts nur dann geklagt werden könne, wenn der Fehler so beschaffen ist, daß der Käufer die Sache gar nicht gekauft haben würde, wenn er den Fehler derselben gewußt hätte; dahingegen, wenn der Käufer die Sache des Fehlers wegen nicht so theuer gekauft hätte,

77) Doctr. de actionib. Sect. II. Cap. VIII. §. 76.

78) Us. pract. Distinction. iuridicar. h. t. Dist. 1. §. 1.

79) Compend. iuris Dig. h. t. §. 6.

80) Lehre des gemeinen Rechts vom Kaufe. §. 468. und §. 469.

81) Theor. pract. Commentar über die Heinecc. Institutionen. § 734. a. E.

82) Pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. §. 932.

83) *L.* 48. §. 1. *D. h. t.*

84) Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 4. et 5. Malblanc Princip. iuris Rom. T. III. §. 585. et 586.

nur quanti minoris geklagt werden könne. Die Mehrheit der Stimmen hatte jedoch immer die Meinung derjenigen[85]) für sich, welche im Falle eines nicht ganz unbedeutenden, die Tauglichkeit der Sache vermindernden, wenn gleich nicht ganz aufhebenden Fehlers, dem Käufer nach dem Edict die Wahl gestatten, ob er auf Redhibition der Sache, oder auf Zurückgabe eines Theils des Kaufpreises klagen wolle. Diese Meinung hat Herr Appellationsgerichts-Präsident von Feuerbach[86]) aus der Theorie der Gesetze so bündig erwiesen, daß nach ihm fast alle Neuere[87]) dieselbe angenommen haben. Eine der vorzüglichsten Beweisstellen ist unstreitig die *L.* 25. §. 1.

85) Wissenbach Exercitatt. ad Pand. Disp. XLI. Th. 10. Frantzkius Commentar. ad Pand. h. t. nr. 99. Donellus ad Tit. de aedilitio Edicto. Cap. 6. Noodt Commentar. ad Dig. h. t. §. Ab actione. pag. 459 Schulting Thes. controversar. Dec. LXXXIV. Th. 8. Pothier Pandect. Justin. Tom. I. Sect. III. Nr. LI. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 32. Strauch Dissertation. aedilitiar. II. continens reliquas duas actionem, aestimatoriam scil. et in factum. Cap. 1. §. 12. Hofacker Princip. iur. civil. Rom. Germ. Tom. III. §. 1932. u. a.

86) Beweis, daß die Redhibitorienklage sowohl statt finde wegen Mängeln, welche die Brauchbarkeit der Sache völlig aufheben, als auch wegen solchen, die ihren Werth verringern; in desselben civilistischen Versuchen. 1. Th. Giessen 1803. Nr. II.

87) Zauner in Dig. iur. civ. P. III. Lib. IV. Tit. 19. §. 7. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. Band. §. 192. Schweppe Röm. Privatrecht. 2. Band. §. 384. Bucher Recht der Forderungen. §. 68. Zachariä Institutionen des Röm. Rechts. Lib. III. Tit. 24. §. 728. f. Brinkmann Institution. iuris Rom. Lib. IV. Tit. 8. §. 584. u. a.

*D. de except. rei iudicatae*, wo Julian, aus dessen *libro LI. Digestorum* diese Stelle genommen ist, sagt: *Est in potestate emtoris, intra sex menses redhibitoria agere mallet, an ea, quae datur, quanti minoris homo, cum veniret, fuerit.* Nam posterior actio etiam *redhibitionem* continet, si tale vitium in homine est, ut eum ob id actor emturus non fuerit: quare vere dicetur, *eum, qui alterutra earum egerit, si altera postea agat, rei iudicatae exceptione summoveri.* Julian sagt hier ganz bestimmt, innerhalb sechs Monaten habe der Käufer die freye Wahl, ob er redhibitorisch, oder quanti minoris klagen wolle. Hat er daher die eine Klage gewählt, und es ist auch nach derselben rechtskräftig erkannt worden, so könne er nicht mehr die andere gebrauchen, weil diese nun durch die exceptio rei iudicatae ausgeschlossen werde. Wäre jedoch die Sache ganz unbrauchbar, so daß eine Verminderung des Kaufpreises nicht Statt haben kann, weil die Sache gar keinen Werth hat, so könne der Richter auf Redhibition erkennen, wenn gleich nur quanti minoris wäre geklagt worden, weil dann in dieser Klage die redhibitorische enthalten sey. Beyde letzteren Sätze sind blos Folgen des ersten Hauptsatzes, und zwar bezieht sich der letzte auf das Verhältniß des iudex pedaneus zu der vom Prätor erhaltenen Instruction, oder formula iudicii, von welcher demselben im Falle der völligen Unbrauchbarkeit der Sache abzuweichen erlaubt war, weil bey einem so bedeutenden Fehler der Sache die redhibitorische Klage, als stillschweigend in der ästimatorischen enthalten, angesehen werden soll, wie dieses alles Paulus noch bestimmter ausdrückt, wenn er in der schon oben angeführten *L.* 43. §. 6. *D. h. t.* sagt: Si adeo nullius sit pretii, ut ne

expediat quidem tale mancipium domino habere, veluti si furiosum aut lunaticum sit, *licet aestimatoria actum fuerit, officio tamen iudicis continebitur, ut reddito mancipio pretium recipiatur.* Wie könnte nun die eine Klage in der andern als stillschweigend enthalten betrachtet werden, wenn nicht die Wahl unter beyden dem Kläger freygestanden hätte? Da jedoch auch die entgegengesetzte Meynung dem Käufer nicht alle Wahl abspricht, sondern ihm solche bey Hauptfehlern zugesteht, und nur bey solchen Mängeln, die nicht die Brauchbarkeit der Sache ganz aufheben, sondern blos verringern, auf Redhibition zu klagen ihm nicht erlauben will, so kommt es nur noch darauf an, ob dieser Unterschied in den Gesetzen wirklich gegründet sey? und dieses ist nun schlechterdings zu verneinen. Denn 1) die Aedilen selbst kennen diesen Unterschied nicht. Sie wollen bloß, daß die Sklaven- und Viehhändler anzeigen sollen, *quid morbi vitiique cuique sit.* Ist dieses nicht geschehen, so soll das bloße Daseyn eines vitii oder morbi die Klage auf Redhibition begründen [88]). 2) Die römischen Rechtsgelehrten haben in ihren Commentaren über das Edict den eigentlichen Sinn der Aedilen nur dahin näher bestimmt, es müsse tale quid *vitii* sive *morbi* seyn, *quod usum ministeriumve hominis impediat*, wenn eine Klage auf Redhibition Statt haben soll. Denn es sey wohl zu bemerken, daß nicht quodlibet, *quam levissimum vitium* bewirken könne, ut morbosus habeatur. Z. B. ein leichtes Fieberchen, oder eine kleine unbedeutende Wunde komme beym Sklavenhandel nicht in Betrachtung, und es sey kein Vergehen gegen das Edict, wenn solche

88) *L.* 1. §. 1. *L.* 38. *pr. Dr. h. t.*

unbedeutende Fehler verschwiegen worden sind[89]. 3) Betrachten wir die einzelnen Fälle näher, in welchen die römischen Rechtsgelehrten in den Gesetzen dieses Titels die Redhibition zulassen, so werden wir darunter eine Menge solcher Fälle gewahr werden, wo an einen die Brauchbarkeit völlig aufhebenden Fehler gar nicht die Rede seyn konnte. Der Sklavenhändler behauptet z. B. der Sklave sey ein gesetzter Mensch, der in seinen Handlungen immer mit Ueberlegung und Umsicht verfährt, er sey arbeitsam, ein guter Läufer, sey wachsam, und habe sich durch seine Sparsamkeit ein Pekulium erworben, mag ausserdem der Sklave auch noch so brauchbar seyn, hat er jene versprochene Vorzüge nicht, so kann der Käufer, wie Cajus[90]) lehrt, nach seinem Gefallen entweder auf Redhibition, oder quanti minoris klagen. Ja hat der Verkäufer behauptet, der Sklave sey der beste Koch, und der Käufer hat ihn auch dafür bezahlt, so ist ein solcher Sklave, wie derselbe Cajus lehrt, Gegenstand der Redhibition, wenn der Verkäufer diesen versprochenen Vorzug des Sklaven nicht gewähren kann, der Sklave sey auch übrigens noch so brauchbar, und passire selbst als guter Koch. Es fehlt aber auch an solchen Beyspielen nicht, wo die römischen Rechtsgelehrten von wirklichen Fehlern reden, die den Gebrauch der Sache nicht aufheben, sondern nur einige Unbequemlichkeit verursachen, und den Werth in etwas vermindern. Z. B. dem Sklaven fehlt ein Finger[91]), oder er ist kurzsichtig, (myops)[92]), oder er kann

89) *L.* 1. §. 8. *D. h. t.*

90) *L.* 18. *pr. D. h. t.*

91) *L.* 10. *pr. et* §. 1. *D. h. t.*

92) *L.* 10. §. 3. *D. eodem.*

wegen Schwäche der Augen bey Lichte nicht sehen (lusciosus)[93]), oder die Mandeln am Halse sind ihm verschwollen und verhärtet, so daß dieses Uebel nicht mehr zu heilen ist, (tonsillas inveteratas, *αντιαδας*, habet)[94]), oder er hat den Fehler, im Bette den Urin nicht halten zu können[95]), oder die eine Seite oder Hüfte, oder der eine Fuß ist ihm kürzer, als der andere[96]); oder er kann aus Schwäche der rechten Hand nur die linke gebrauchen[97]). Wer wird behaupten, daß alle diese Fehler einen Sklaven zum Dienst ganz unbrauchbar gemacht hätten? und dennoch ward in allen diesen Fällen die Redhibition gestattet. Ja wenn auch nur ein veterator statt eines novitius[98]), oder der Sklave einer

93) *L.* 10. §. 4. *D. eod.* Gellius *Noct. Atticar. Lib. IV. c.* 2. hält *myops* und *luscitiosus* für einerley, letzteres sey nur die lateinische Benennung von jenem griechischen Ausdrucke. Allein sowohl in den Gesetzen dieses Titels, als in den alten Classikern wird beydes unterschieden. S. Conradi ad *Gellium*, c. l. not. 27.

94) *L.* 14. §. 8. *D. h. t.*

95) *L.* 14. §. 4. *D. eodem.*

96) *L.* 12. §. 1. *D. eodem.*

97) *L.* 12. §. 3. *D. eodem.*

98) *L.* 37. *D. h. t.* Servus *novitius* wurde ein solcher Sklave genannt, der noch nicht lange im Sklavendienst gewesen, den also sein neuer Herr noch leicht nach seiner Hand und Weise abrichten konnte. *Veterator* hieß hingegen ein schon zugerichteter und im Sklavendienst alt gewordener, und an eine gewisse Weise einmal gewohnter Sklave, bey dem es also dem neuen Herrn schwer fiel, trita mancipia et veterana reformare, wie Ulpian sagt, et ad suos mores formare. Diesem ist nicht zuwider, wenn Venulejus *L.* 65. §. 2. *D. h. t.* sagt: Servum *veteratorem*

verrufenen Nation war verkauft worden[99]), so konnte er redhibirt werden, weil von dem veterator zu vermuthen war, er werde durch den langen Sklavendienst auch schon an die Sklavenränke und Streiche gewohnt seyn, und nun seinen einmal angewöhnten Schritt fortgehen, vom letztern aber, er werde die Fehler seines Volks an sich haben. Beyde waren daher weniger werth, so brauchbar auch übrigens, was den Dienst betraf, ein solcher Sklave seyn mochte. Hierzu kommt endlich 4), daß es überhaupt Grundsatz der Aedilen war, wenn der Verkäufer dem Edict entgegenhandelt, so soll dem Käufer die Wahl zustehen, ob er auf Redhibition oder quanti minoris

non spatio serviendi, sed genere et causa aestimandum; *novitium* autem non tyrocinio animi, sed conditione servitutis intelligi. Denn das *non* und *sed* wird hier für *non solum*, *sed etiam* genommen, wie schon Cujacius Observation. Lib. VIII. c. 9. bemerkt hat. Man sehe auch *Rad.* Fornerius Rerum quotidianar. Lib. IV. cap. 1. (in *Thes. iuris Rom. Ottoniano* T. II. pag. 227.) *Gilb.* Regius Εναντιοφανῶν Lib. I. c. 7. (*Otto.* c. I. pag. 1482.) und Pothier Pandect. Justin. T. I. h. t. Nr. XLIII. not. h. et i. Anderer Meinung ist Strauch Dissertation. aedilitiar. II. Cap. I. §. 8. welcher die Stelle des Venulejus von dem Unterschiede zwischen Servus veterator und novitius in Beziehung auf die Bestimmung und Disposition des Paterfamilias erklärt, in dieser Beziehung heiße *novitius* ein solcher Sklave, den sein Herr noch keinem bestimmten Dienstgeschäft vorgesetzt hat, *Veterator* aber ein solcher, den er einer Art von Geschäften vorgesetzt hat, welche nur von schon zugerichteten Sklaven pflegten besorgt zu werden.

99) *L.* 31. §. 21. *D. h. t.* Diese Stelle, welche eine der merkwürdigsten und entscheidendsten ist, ist schon oben S. 36. angeführt worden.

klagen wolle, der Verkäufer mag nun entweder einen wirklichen Fehler verschwiegen, oder versprochene Vorzüge nicht geleistet, oder sich geweigert haben, dem Käufer für dasjenige durch Cautionsleistung zu sichern, was das Edict von ihm verlangt[100]), wie bereits oben (S. 35. f.) bemerkt worden ist.

Ob nun wohl die Gesetze aus der Beschaffenheit des Fehlers keinen Unterschied der Begründung der Klage annehmen, sondern des nämlichen Fehlers wegen die Klage auf Redhibition so gut, wie die actio quanti minoris, gestatten, dergestalt, daß wenn die eine gebraucht worden ist, die andere nicht mehr Statt findet, sondern durch die exceptio rei iudicatae ausgeschlossen wird, wenn der Käufer ob idem vitium damit zum Vorschein käme; so haben dennoch einige neuere Rechtsgelehrten[1]) den Unterschied zwischen Hauptmängeln, und solchen, die es nicht sind, beybehalten. Sie nehmen Hauptfehler alsdann an, wenn der Sache die Eigenschaften fehlen, ohne welche der Käufer den Gebrauch, den er bey Anschaffung derselben hauptsächlich beabsichtigte, nicht machen kann. Kein Hauptfehler sey hingegen derjenige, welcher den beabsichtigten Gebrauch nicht aufhebt, obwohl der Käufer, wenn er den Fehler gewußt hätte, die Sache nicht so theuer gekauft haben würde. Nur in Ansehung der erstern stehe dem Käufer die Wahl zu, in Ansehung der

100) *L.* 18. *pr.* *L.* 28. *D.* *h.* *t.*

1) S. Westhoff Vindiciae communis doctrinae de actione redhibitoria ob vitium rei venditae minus principale haud competente, adversus Feuerbachii obiectiones. *Helmstadii* 1804. und Günther Princip. iuris Rom. privati novissimi. Tom. II. §. 972.

letzteren aber könne nur quanti minoris geklagt werden. Z. B. wenn die Sache nur mit einer Servitut beschwert sey. Allein ihre Gründe sind nicht neu, und finden ihre Widerlegung in den bereits vorgekommenen Beyspielen; wie viele Fälle sind darunter nicht enthalten, wo der Fehler den beabsichtigten Gebrauch der Sache nicht aufhebt, sondern nur den Werth in etwas verringert, und dennoch die Redhibition gestattet wird?

## §. 1112.

### Fehler, welche nicht edictmäßig sind, und nach dem Edict keine Klage begründen.

Es giebt körperliche Fehler, deren ungeachtet das Edict der Aedilen keine Klage gestattet, wenn der Gebrauch der Sache dadurch auf keine Weise behindert wird. Dahin gehört 1) unbedeutende Triefäugigkeit (levis lippitudo)[2]), 2) räudiger Ausschlag der Haut, wobey aber das Glied, an welchem die Krankheit sich äußert, mit eben der ungehinderten Leichtigkeit und Gewandtheit gebraucht werden kann, wie die übrigen Theile des Körpers. Trebatius ait, sagt **Ulpian** *L.* 6. §. 1. *D. h. t.* impetiginosum morbosum non esse, si eo membro, ubi *impetigo* esset, aeque recte utatur. Et mihi videtur vera *Trebatii* sententia. 3) Fehler im Sprechen durch Stammeln, Lispeln, schwere und langsame Aussprache, kurz ein bloßer Fehler deutlicher Aussprache, welcher keine gänzliche Stummheit, oder kein bloßer Laut ohne alle Wortbedeutung ist.

*L.* 9. *D. h. t.* Ulpianus *libro XIV. ad Sabinum.* Mutum morbosum esse, Sabinus ait; mor-

2) *L.* 4. §. 5. *D. h. t.*

bum enim esse, sine voce esse, apparet: sed *qui graviter loquitur*, morbosus non est: nec qui ἀσαφῶς[3]), plane, qui ἀσήμως[4]) loquitur, hic utique morbosus est.

*L.* 10. §. *ult. D. eodem. Idem libro I. ad Edictum Aedil. cur.* Quaesitum est, an *balbus*, et *blaesus*[5]), et *atypus*[6]), isque, qui tardius loqui-

3) Baudoza übersetzt das Wort ἀσαφῶς durch obscure et obtuse loquens. Das Wort ἀσαφῶς kommt in dieser Bedeutung auch bey SUETONIUS *in Claudio* cap. 4. vor.

4) Ασήμως übersetzt hier Baudoza durch sine ulla vocis significatione.

5) *Dion* GOTHOFREDUS erklärt das Wort *blaesus* so, qui litteras vix pronunciat. Allein *Guil.* BUDAEUS in Annotat. in Pandect. ad. h. L. pag. 184. sagt *blaesitas* est litteram aliquam exprimere non posse, eamque non quamlibet, sed certam. *Balbuties* hingegen sey, literam exterere, vel syllabam: id est pronunciando eximere et praetermittere.

6) *Atypus* kommt in gleicher Beziehung auch bey GELLIUS *Noct. Atticar.* Lib. IV. cap. 2. vor, wodurch die Richtigkeit der Leseart bestärket wird, welche sonst sehr verschieden ist. Wer sind aber atypi? BUDAEUS in Annotat. ad h. L. sagt: Existimo ab etymologia vocabuli eos esse *atypos* dictos, qui non satis expedito plectro linguae uterentur, quasi non satis verba exprimentes, conformantesve. Die Glosse des Accursius sagt: *atypus*, qui praepostere loquitur. Die Glosse des Philoxenus erklärt es durch μογιλάλος. i. e. qui aegre et impedite loquitur. S. DUCKER de Latinit. ICtor. vet. pag. 404. und CONRADI ad *Gellium* c. l. not. 13.

tur, et *varus* 7), et *vatius* 8) sanus sit? Et opinor, eos sanos esse.

4) Mangel an Zeugungskraft oder Unfruchtbarkeit, insofern nämlich an den Geburtstheilen selbst kein solcher Fehler ist, welcher die Fortpflanzung des Geschlechts hindert.

*L.* 6. §. 2. *D. h. t.* ULPIANUS *libro I. ad Edict. Aedil. curul.* Spadonem morbosum non esse, neque vitiosum, verius mihi videtur, sed sanum esse: sicuti illum, qui unum testiculum habet, qui etiam generare 9) potest.

*L.* 7. *D. eodem.* PAULUS *Libro XI. ad Sabinum.* Sin autem quis ita spado est, ut tam necessaria pars corporis et penitus absit, morbosus est.

*L.* 14. §. 3. *D. eodem.* ULPIANUS *lib. I Ed. Aed. cur.* De sterili CAELIUS distinguere Trebatium dicit: ut si natura sterilis sit, sana sit, si vitio corporis, contra.

7) *Varus* leitet die Glosse a varietate sermonis her, quia infinita effundit verba. Allein richtiger sagt BUDAEUS a. a. O. VARI sunt pedibus incurvis, et in se contractis, cuiusmodi spadones et castratos videmus, also diejenigen, welche krumme, und zwar einwärts gebogene Füße haben.

8) *Vatius* hält die Glosse auch noch für eine Benennung derjenigen, welche nicht recht sprechen können, es soll denjenigen bezeichnen, welcher so geschwind spricht, daß man ihn nicht verstehen kann. Allein richtiger sagt BUDAEUS c. l. *Vatii* sunt, qui pedes *extrorsum* obtortos habent, iidemque, qui *valgi*, welches auch mit Stellen aus Varro und Plinius hinlänglich bestärkt ist.

9) Haloander lieset hier generare *non* potest. Allein die florentinische Leseart verdient unstreitig den Vorzug. S. Westphal §. 405. e.

§. 7. *eiusd. L.* Mulierem ita artam, ut mulier fieri non possit, sanam non videri constat.

5) Uebelriechender Athem, wenn die Ursache davon keine innere Krankheit der Lunge oder Leber, sondern Unreinlichkeit des Mundes oder der Zähne ist.

*L.* 12. §. 4. *D. h. t.* Ulpianus *ibidem.* Is, cui os oleat, an sanus sit, quaesitum est? Trebatius ait, non esse morbosum, os alicui olere, veluti hircosum [10]), strabonem [11]): hoc enim ex

10) *Hircosus* heißt ein solcher, der nach Schweiß unter den Armen riecht. Denn hircus heißt nicht oris, sondern alarum foetor. Ulpian will also soviel sagen, wer aus dem Munde riecht, sey deswegen eben so wenig krank, als derjenige, der vom Schweiße unter den Armen übel riecht. S. *Corn. van* Bynkershoek Observation. iuris Rom. Lib. III. cap. 23.

11) Cujacius Observation. Lib. XI. cap. 10. hält diese Leseart, wenn sie gleich von der florentinischen Auctorität unterstützt wird, für unrichtig, und will statt *strabonem* besser *scabronem* lesen. Denn *strabo* heißt einer, welcher schielt; allein der Text spreche von einem, der aus dem Munde riecht. Die Leseart *strabo* passe also nicht zum Texte, sondern es müsse *scabro* heissen, worunter ein solcher Mensch verstanden werde, qui dentes aut gingivas illuvie scabras et spurcas habet. Dieser Leseart giebt auch Pothier in Pandect. Justin. Tom. I. h. t. Nr. XVII. not. f. Beyfall. *Guil.* Budaeus in Annot. ad h. L. glaubt hingegen, man müsse *tragonta* lesen, dieß sey der griechische Ausdruck vom hircosus. Dieser Leseart giebt Westphal vom Kauf §. 405. k. den Vorzug. Allein man kann, wie Bynkershoek c. l. gezeigt hat, die florentinische Leseart ohne Veränderung beybehalten. Es soll hier nur angedeu-

illuvie oris accidere solere: si tamen ex corporis vitio id accidit, veluti quod iecur, quod pulmo, aut aliud quid similiter dolet [12]), morbosus est.

6) Zahnlücken, Kropf, Ungleichheit der Glieder, welche dem Gebrauche derselben nicht hinderlich ist, und Hervorstehen der Augen.

*L.* 11. *D. h. t.* Paulus *libro XI. ad Sabinum.* Cui dens abest, non est morbosus: magna enim pars hominum aliquo dente caret, neque ideo morbosi sunt.

*L.* 12. §. 1. *D. eodem.* Eum, qui alterum oculum aut alteram maxillam maiorem habet; si recte iis utatur, sanum videri, Pedius scribit; ait enim, inaequalitatem maxillarum, oculorum, brachiorum, si nihil ex ministerio praestando subtrahit, extra redhibitionem esse.

tet werden, daß ein übelriechender Odem an sich so wenig, als eine übelriechende Ausdünstung von dem Schweiße unter den Aermen, oder das Schielen an sich nach dem Edict eine Krankheit sey.

12) Unser Cod. Erl. liest hier aut aliud quid *simile* dolet. Baudoza aut aliud quid *simile oleat.* Dieser letztern Leseart giebt *van* Bynkershoek Observat. iuris Rom. Lib. III. cap. 23. den Vorzug. Allein Ducker in der Gebauerischen Ausgabe des Corpus iuris vertheidigt die florentinische Leseart. Die Richtigkeit der Leseart dolet erhellet aus Celsus, welcher an mehreren Orten von dolores pulmonis, lienis et renum spricht, und bemerkt, daß aus dem krankhaften Zustande dieser innern Theile des Körpers ein übelriechender Athem entstehe. S. Celsus I. 1. II. 7.

§. 2. Si quis natura gutturosus sit, aut oculos eminentes habeat, sanus videtur.

Da also alles nur darauf ankommt, ob der Fehler von der Art ist, daß der beabsichtigte Gebrauch der Sache dadurch auf irgend eine Art und Weise gehindert wird, so ist der Streit, ob ein gewisser Fehler für einen Haupt- oder bloßen Nebenfehler zu halten sey, ganz unnütz, z. B. die Finnen bey den Schweinen, und die sogenannte Franzosenkrankheit beym Rindviehe, worüber soviel geschrieben ist [13].

## §. 1113.

### Rechtsmittel vorzüglich aus dem Edict.

Die Rechtsmittel, die demjenigen zu Gebote stehen, welcher gegen das Edict verletzt ist, sind verschieden [14].

13) S. Götze neueste Entdeckung, daß die Finnen im Schweinefleische keine Drüsenkrankheit, sondern wahre Blasenwürmer sind, in seinen kleinen Abhandl. Halle 1784. S. 36. Graumann Ueber die Franzosenkrankheit des Rindviehes, und die Unschädlichkeit des Fleisches solcher Thiere. Rostock 1784. Joh. Jac. Lange Ueber die Gewohnheit die redhibitorische Klage bey den Franzosengeschwülsten des Rindviehes anzuwenden. Bützow 1786. Lud. Gottfr. Madihn begründet die sogenannte Franzosenkrankheit des Rindviehes die redhibitorische Klage? In Desselben Miscellen aus allen Theilen der Rechtsgelahrtheit. 1. Samml. Breslau 1814. Nr. XIII. S. 60. ff. Ploucquet über die Hauptmängel der Pferde. Tübingen 1790. Ueberhaupt *Christ. Gottl. Buder* Diss. de vitiis pecorum venalium. Jenae 1740. und *Jo. Lud.* Gutbier Disp. de tribus vitiis equorum capitalibus saxonicis. *Traj. ad Rhen.* 1694.

14) *Franc.* Mazzei de aedilitiis actionibus. *Romae* 1786. 4. Ausserdem die oben angeführten Dissertationes aedili-

Der Verletzte kann sich bald einer **Einrede**, bald einer **Klage** bedienen.

I. Einer Einrede, wenn der Contract seiner Seits noch nicht erfüllt ist, und der Verkäufer auf die Bezahlung des Kaufgelds klagt. Mittelst derselben kann der Käufer die Bezahlung des Kaufgeldes entweder ganz verweigern, und auf Redhibition dringen, oder zum Theil, nach dem Verhältniß des durch den Fehler für den Kläger verminderten Werths der Sache.

*L. 59. pr. D. h. t.* Ulpianus *libro LXXIV. ad Edictum.* Cum in ea causa est venditum mancipium, ut redhiberi debeat, iniquum est, venditorem pretium redhibendae rei consequi.

§. 1. Si quis duos homines uno pretio emerit, et alter in ea causa est [15]), ut redhibeatur, deinde petatur pretium totum, *exceptio* erit obiicienda: si tamen pars pretii petatur, magis dicetur, non nocere exceptionem: nisi forte ea sit causa, in qua, propter alterius vitium, utrumque mancipium redhibendum sit [16]).

II. Einer Klage. Diese wird entweder

1) auf die Aufhebung des Contracts gerichtet. Dann kann der Käufer

tiae von *Jo.* Strauch, quarum prior est *de redhibitoria actione*, posterior reliquas duas actiones, *aestimatoriam* scilicet et *in factum* continet; und **Schmidt** von Klagen und Einreden. §. 932. ff. und **Westphal** vom Kauf rc. §. 464. ff.

15) Statt est hat Cod. Erlang. *sit.*

16) Man vergleiche über diese Stellen **Westphal** vom Kauf. §. 539. und 540.

a) nach dem Civilrechte

α) aus dem Contract klagen, weshalb ihm die actio emti zusteht.

*L.* 11. §. 3. *D. de action. emti et vend.* Ulpianus *libro XXXII. ad Edictum.* Redhibitionem quoque contineri emti iudicio, et Labeo et Sabinus putant, et nos probamus.

β) Aus der Stipulation, welche der Fehler wegen, oder wegen behaupteter Eigenschaften der Sache war errichtet worden, mit der actio ex stipulatu [17]). Diese Klage geht auf das Interesse, oder auch auf das Doppelte, wenn es versprochen worden ist [18]). Ja auch ohne Stipulation konnte die actio emti auf das Doppelte gerichtet werden, wenn der Verkäufer die verlangte Caution zu leisten aus Ungehorsam verweigerte [19]).

b) Nach dem Edict

α) die *actio redhibitoria*, welche vom Zurückgeben der Sache ihren Namen hat [20]). Man nennt sie

17) *L.* 19. §. 2. *D. h. t.*

18) *L.* 16. §. 2. *L.* 31. *D. de evictione.* Theophilus in Paraphr. graec. ad §. 2. J. de divis. stipulat. *L.* 32 *pr.* *L.* 37. §. 1. *D. de evict.* S. §. 1106. S. 33. und *Ant.* Schulting Thes. controversar. Dec. LXXXIII. Th. 3.

19) *L.* 31. §. 20. *D. h. t.*

20) *L.* 21. *pr. D. h. t.* S. Westphal vom Kauf ꝛc. §. 485. ff. Zuweilen wird jedoch der Ausdruck *actio redhibitoria* in einer so ausgedehnten Bedeutung genommen, daß darunter überhaupt die Klage aus dem Edict verstanden wird. In dieser Bedeutung wird dieser Ausdruck z. B. in der *L.* 48. §. 7. *D. h. t.* genommen. Diese ausgedehnte Bedeutung bestätigt selbst das Edict. Denn dieses spricht in

die Wandelklage, oder Wandelungsklage [21]). Viele [22]) wollen läugnen, daß sie eine eigne Klage sey, sie soll die actio emti seyn, welche durch das Edict in Ansehung der Fehler nur nähere Bestimmungen erhalten habe. Man könnte sie daher actio emti redhibitoria nennen. Denn die Redhibition sey hier nichts anders, als eine adiectio actionis ex emto, so wie die Klage aus den Contracten eines Haussohns gegen den Hausvater den Beysatz de peculio erhalte. Allein diese Ansicht widerlegt sich schon dadurch, daß die actio redhibitoria und actio ex emto einander entgegengesetzt wer-

dem Kapitel, wo von dem Verkaufe der Sklaven die Rede ist, blos von einem iudicium redhibitorium, unter welchem also wohl auch das Recht, quanto minoris zu klagen, virtualiter begriffen ist, arg. *L.* 21. *D. de reg. iur.* so wie in *L.* 25. §. 1. *D. de except. rei iudic.* gesagt wird, unter der actio quanti minoris sey auch die Redhibition begriffen. Hieraus erklärt sich auch, wenn die Gesetze dieses Titels an mehreren Orten, als *L.* 19. §. 2. *D. h. t.* von redhibitoriis actionibus reden, worunter denn die actiones aedilitiae überhaupt verstanden werden.

21) Das Wort Wandel erklärt man durch Mangel oder Fehler. So sagt man, eine Sache ist wandelbar, wenn sie fehlerhaft ist, und sie ist ohne Wandel, wenn sie gar keinen Fehler hat. Daher kommt denn auch die Redensart: ein Pferd wandeln, d. h. solches wegen seiner Fehler wieder zurückgeben. S. WACHTER Glossar. germ. voc. Wandel, und Schmidt Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. 4. B. §. 932.

22) Zuerst Azo in summa Cod. de aedilit. act. Ihm folgte ACCURSIUS ad L. 1. pr. D. h. t. verb. *Edictum.* Eben so lehren *Hug.* DONELLUS de aedilitio Edicto. Cap. 5. und *Barth. Leonh.* SUENDENDOERFFER ad *Eckolti* compendiar. Pand. Tractat. h. t. §. 7. pag. 531.

den [23]); wie könnte aber eine elective Concurrenz [24]), ja wie könnte die actio emti da Statt finden, wo die actio redhibitoria nicht zuläßig ist, wenn letztere nur eine adiectitia qualitas der erstern wäre [25])? Die actio redhibitoria findet übrigens in folgenden Fällen statt.

1) Wenn die Sache fehlerhaft ist, und der Fehler, welchen der Käufer nicht wußte, noch wissen konnte, von dem Verkäufer verschwiegen worden, der Fehler sey übrigens entweder ein solcher, welcher den Gebrauch der Sache ganz aufhebt, oder der auch nur den Werth derselben vermindert, wenn er nur nicht ganz unbedeutend ist [26]).

2) Wenn der Verkäufer versicherte, die Sache sey ohne Fehler, oder gewisse Eigenschaften und Vorzüge der

23) *L.* 44. §. 1. *L.* 51. *pr. D. h. t. L.* 57. *pr. D. eodem.*

24) *L.* 19. §. 2. *in fin. D. eodem.*

25) *L.* 1. §. 10. *in fin. L.* 4. §. 4. *D. eodem. L.* 38. §. 7. *D. eodem. L.* 11. §. 5. *D. de act. emti et vend.* S. *Jo. Strauch* Dissertation. aedilitiar. prior, quae est de redhibitoria actione. Cap. III. §. 3. — 6. und Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 21. Wenn in der *L.* 23. §. 4. *D. h. t.* gesagt wird, actionem aedilitiam *ex contractu* venire, so heißt dieses in der Verbindung, in welcher es gesagt worden, nur soviel, die Klage aus dem Edict setze einen geschlossenen Contract voraus, und werde aus Veranlassung desselben gegeben. Also *ex contractu venire* heißt hier soviel als *propter contractum* dari; wie diese Bedeutung von ex für *propter* auch sonst, z. B. *L.* 1. §. 2. *D. de incendio, ruina, et naufr.* und *L.* 19. *D. de captivis et postlim. revers.* vorkommt. S. *Jo. Ortw.* Westenberg de causis obligationum. Diss. VIII. Cap. 1. §. 22. — 26.

26) *L.* 1. §. 1. *et* 8. *D. h. t.*

Sache bestimmt angab, und sich nachher Fehler finden, oder die behaupteten Vorzüge auch nicht einmal in einem mittelmäßigen Grade vorhanden sind [27]).

3) Wenn der Verkäufer die Zierrathen, welche er mit abzuliefern versprach, oder mit welchen er das Thier zum Verkauf vorführte, nachher abzuliefern verweigert [28]).

4) Wenn der Verkäufer sich weigert, dem Käufer auf sein Verlangen die ihm nach dem Edict obliegende Cautionsleistung zu bestellen [29]).

Die gegenseitigen Verpflichtungen bey Anstellung der actio redhibitoria sind schon oben (§. 1111.) vorgekommen. Daß in allen diesen Fällen auch mit der actio ex emto geklagt werden könne, hat keinen Zweifel [30]). Beyde Klagen concurriren hier electivisch [31]). Ja Ulpian [32]) sagt ganz allgemein: Qui *ex emto* potest conveniri, *idem etiam redhibitoriis actionibus conveniri potest.* Man könnte also einwenden, die Einführung der ädilizischen Klagen sey überflüßig gewesen. Allein die actio ex emto gieng ursprünglich nur auf Erfüllung des Contracts. Nun wurde zwar diese Klage in der Folge durch die Interpretation der römischen Rechtsgelehrten

27) *L.* 17. §. *ult.* *L.* 18. *pr. et* §. 1. *L.* 19. *pr. et* §. 1. *et* 2. *D. eodem.*

28) *L.* 38. *pr. et* §. 11. *D. h. t.*

29) *L.* 28. *D. h. t.*

30) *L.* 11. §. 3.—9. *et* 11. *D. de action. emti et vend.* *L.* 19. §. 2. *L.* 31. §. 20. *D. h. t.* S. Westenberg c. l. §. 24.

31) *L.* 51. *pr. D. h. t.*

32) *L.* 19. §. 2. *D. eodem.*

dahin erweitert, daß sie wegen des Betrugs auch auf die Aufhebung des Contracts gerichtet werden konnte, wenn nämlich der Verkäufer den Fehler der Sache wissentlich verschwieg [33]), oder den Käufer wissentlich in seinem Irrthum stecken ließ [34]), oder aufs Gerathewohl die gute Eigenschaft einer Sache versicherte, ohne gewiß zu wissen, daß sie dieselbe wirklich besitze [35]). Man berücksichtigte bey dieser Klage auch mehr Gemüths- als körperliche Fehler, weil erstere mehr verborgen, und nicht so leicht zu entdecken sind, als die letztern [36]). Allein da die Käufer auf solche Art noch nicht genug gegen alle Verletzungen und Betrügereyen gesichert waren, so führten die Aedilen in ihrem Edict zu ihrem Besten neue Klagen ein. Mehr um die körperlichen Fehler besorgt, als um die Fehler des Gemüths, welche sie, bis auf wenige oben angeführte Fälle, hauptsächlich der actio emti vorbehielten [37]), verpflichteten sie die Verkäufer billig ohne Unterschied, ob sie den Fehler kannten, oder nicht [38]); und gestatteten die Redhibition auch sowohl wegen nicht mit überlieferter Zierrathen der verkauften Sache, als wegen verweigerter Cautionsleistung, welche sie, da sie vorher nur willkührlich war [39]), zur rechtlichen Nothwendigkeit machten. Ja

33) *L.* 13. *pr. et* §. 1. *D. de act. emti vend. L.* 21. §. 1. *L.* 41. *D. eodem.*

34) *L.* 11. §. 5. *D. eodem.*

35) *L.* 13. §. 3. *D. de action. emti et vend.*

36) *L.* 1. §. 9. *in fin. et* §. 10. *L.* 4. §. 4. *D. h. t.*

37) *L.* 1. §. 9. *et* 10. *D. h. t. L.* 4. §. 4. *D. eodem.*

38) *L.* 1. §. 2. *D. h. t.*

39) Man denke hier an die stipulationes Manilianae venalium vendendorum, welche auch *Leges Manilianae* ge-

sie waren darin noch strenger, als das Civilrecht, daß sie den Ungehorsam des Beklagten mit dem Duplum bestraft wissen wollten [40]; wodurch sich also auf mehr, als eine Art, die Klage aus dem Edict von der Civilklage ex emto unterschied [41]), auch davon abgesehen, daß die letztere Klage selbst da noch gestattet wird, wo die Aedilen in ihrem Edict keine Klage geben. Denn was weder ein morbus noch vitium ist, darauf geht das ädilizische Edict nicht, wenn nicht bey Schließung des Handels darüber eine besondere Verabredung ist getroffen worden. Allein es kann doch deshalb die Klage ex emto Statt finden, wenn sich der Verkäufer eines Dolus schuldig gemacht hat [42]).

β) Die actio in factum, welche alsdann Statt findet, wenn der Verkäufer die fehlerhafte Sache zwar gutwillig zurückgenommen hat, aber sich weigert, das Kaufgeld in Güte zurückzuzahlen. Diese wird also blos auf Zurückgabe des Kaufgeldes gerichtet [43]). Es kommt

nannt werden, deren *Marc. Ter.* Varro de re rustica. Lib. II. cap. 2. et 5. gedenkt. S. Strauch Diss. aedil. I. de redhibitoria actione. Cap. I. §. 6. et Cap. II. §. 1.

40) *L.* 45. *D. h. t.*

41) *Jac.* Cujacius in Paratitl. ad h. tit. Dig. *Ant.* Schulting Thes. controv. Dec. LXXXIII. Th. 4. *Ulr.* Huber Praelect. iur. Rom. ad Pand. h. t. §. 4. *Jo. Ortw.* Westenberg de causis obligationum. Diss. VIII. Cap. 1. §. 22.

42) *L.* 11. §. 5. *D. de act. emti et vend.* S. Westphal vom Kauf. §. 397.

43) *Christ. Theoph.* Oetinger Diss. de actione emtori redhibenti ad repetendum pretium solutum competente, praeside *Godofredo Dan.* Hoffmanno defensa *Tubingae*

hier gar nicht darauf an, ob die Sache wirklich mit einem solchen Mangel behaftet sey, welcher sich zu einer Redhibition eignet, oder nicht; auch nicht darauf, ob die Verjährungszeit der Redhibition bereits abgelaufen war, oder nicht. Denn aller der daher entstehenden Einreden hat sich der Verkäufer durch die freywillige Zurücknahme der Sache stillschweigend begeben. Hierher gehört folgende Stelle aus des Ulpian *libro primo ad Edictum Aedilium curulium.*

*L.* 31. §. 17. *D. h. t.* In factum actio competit, ad pretium reciperandum [44]), si mancipium redhibitum fuerit: in qua non hoc quaeritur, an mancipium *in causa redhibitionis* fuerit [45]), sed hoc tantum, *an sit redhibitum:* nec immerito: iniquum est enim, posteaquam venditor agnovit, *recipiendo mancipium* [46]), esse id in causa redhibitionis, tunc quaeri, utrum debuerit redhiberi, an non debuerit: nec de tempore quaeretur, an intra tempora redhibitus [47]) esse videatur.

1779. 4. und *Jo. Frid. Theod.* BURCHARD Diss. de actione in factum ex L. XXXI. §. XVII. π. de aedilit. Edicto. *Kiliae holsator* 1781. 4.

44) Cod. Erl. liest hier, wie Haloander, *recuperandum.*

45) *In causa redhibitionis est mancipium* heißt, si tali vitio adfectum, aut qualitate promissa ita destitutum est, ut, instituta actione redhibitoria ex Edicto aedilitio, venditor illam recipere, pretiumque omnino restituere teneatur.

46) Cod. Erl. hat *recipiendum* mancipium.

47) Nach der florentinischen Leseart muß unter redhibitus *servus*, oder *homo* verstanden werden. Baudoza liest redhibitum, in Beziehung auf mancipium.

Der Grund dieser Klage beruhet also in dem bloßen Factum der wirklich geschehenen Redhibition. Ohne dieselbe ist die bloße Uebereinkunft des Käufers mit dem Verkäufer, daß jener die Sache zurückgeben, dieser aber sie zurücknehmen wolle, zur Begründung dieser actio in factum nicht hinreichend, sondern hier muß die actio redhibitoria oder ex emto gebraucht werden. Ulpian bestätigt dieses alles in folgenden Worten.

*L.* 31. §. 18. *D. h. t.* Illud plane haec actio exigit, *ut sit redhibitus* [48]*):* ceterum, nisi fuerit *redhibitus*, deficit ista actio, etiamsi nudo consensu placuerit, ut redhibeatur: *conventio ergo de redhibendo non facit locum huic actioni, sed ipsa redhibitio* [49]).

Zuweilen kann auch die Redhibition brevi manu geschehen seyn. Dieß ist der Fall, wenn der Verkäufer die Sache vermöge eines Mieth- oder Leih-Contracts, oder sonst aus einem Grunde inne hat. Hier muß ihm der Käufer erklären, daß er die Sache, weil sie fehler-

48) Auch hier lieset Baudoza *redhibitum.* Unser Cod. Erl. aber liest, wie die Florentine, sowohl hier, als nachher, *redhibitus.*

49) Nach dem römischen Recht ist die conventio de redhibendo überdem ein pactum nudum. Da aber dieser Grund heut zu Tage wegfällt, so glaubt Westphal vom Kaufe §. 544. es könne bey uns eine solche Convention nicht allein als adjectitia qualitas, sondern auch als ein Fundament zur Hauptklage gebraucht werden. Das pactum würde also jetzt wenigstens die Wirkung haben, daß nun keine Frage mehr davon seyn könne, ob die Sache wandlungsmäßig sey, oder nicht. S. Burchard cit. Diss. §. 10. in fin.

haft, oder nicht so geeigenschaftet sey, als der Verkäufer versichert hat, nicht verlange, sondern der Verkäufer sie behalten, und ihm das Kaufgeld wieder herausgeben solle. Nimmt der Verkäufer diese Erklärung an, so ist dieselbe einer Redhibition gleich zu achten, und die actio in factum begründet [50]. Auf jeden Fall wird jedoch erfordert, daß die Redhibition vollständig geschehen sey. Es muß also nicht nur die Hauptsache, sondern auch, was als Nebensache dazu gehört, zurückgegeben seyn. Ist dieses nicht geschehen, und der Verkäufer macht deswegen eine Einwendung, so kann dem Kläger die Restitution der Nebensache auch vom richterlichen Amtswegen auferlegt werden [51]. Hierher gehören noch folgende Worte Ulpians.

*L.* 31. §. 19. *D. ibid.* Restitui autem debet per hanc actionem, etiam quod ei servo [52]) in venditione accessit.

Anton Schulting [53]) will zwar diese Stelle so verstehen, daß wegen der Accessionen auch der Verkäufer in factum klagen könne. Allein Ulpian sagt, in die-

50) Burchard Diss. cit. §. 7.

51) S. Pothier Pandect. Justin. h. t. Nr. XCIII. not. c.

52) Man sieht nun hier klar, daß das Wort servus bey redhibitus in dem vorgehenden §. 18 subintelligirt werden muß.

53) Thesium controversar. Decad. LXXXV. Thes. 1. Eben dieser Meinung ist auch *Pet.* Müller ad *Struvii* Synt. iur. civ. T. II. Exercitat. XXVII. Th. XI. not. β. Allein Müller stellt selbst den Satz auf. Haec *in factum actio* praetoria actioni redhibitoriae quasi succenturiata vel subordinata est, *et tantum locum habet, quando nulla alia actio, vel directa, vel contraria, superest.*

sem Falle, da die Hauptsache redhibirt ist, genüge dem Verkäufer wegen dessen, was ihm der Käufer noch zu leisten schuldig, die actio ex vendito. Quod si *sine iudice* homo redhibitus sit, so lehrt Ulpian *L.* 23. *pr. D. h. t.* reliqua autem, quae diximus, (sc. quae emtor venditori praestare tenetur, quod mancipium redditum ex quacunque causa deterius factum sit) nolit emtor reddere, *sufficiat venditori ex vendito actio.* Soll nun die actio in factum, wie Peter Müller [54]) bemerkt, an die Stelle der actio redhibitoria treten, wo diese, wegen schon erfolgter Redhibition, nicht Statt findet, so kann sie wohl dem Verkäufer eben so wenig, als die actio redhibitoria, zustehen [55]).

Uebrigens setzen fast alle [56]) bey der actio in factum voraus, daß die Redhibition aussergerichtlich und in Güte geschehen sey. Dieß ist auch wohl der gewöhnliche Fall. Indessen glauben andere [57]), wenn nur die Redhibition wirklich geschehen ist, so sey es gleichviel, ob sie freywillig, oder auf Befehl des Richters erfolgt sey. Allein in

54) Cit. loc.

55) S. Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 35. Burchard cit. Diss. §. 15.

56) *Ger.* Noodt Commentar ad Dig. h. t. §. Satis Tom. II. *Oper.* pag. 459. Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 29. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 33. Boehmer Introduct. in ius Dig. h. t. §. 7. Heineccius ad Edict. aedilit. florum sparsio. Cap. III. §. 9.

57) *Ge.* Frantzkius Commentar. ad Dig. h. t. §. 110. Bachovius Not. et Obs. ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. II. Th. 4. Lit. B. Struv Synt. iur. civ. T. II. Exerc. XXVII. Th. 11. und Müller ad *Struvium* not. β.

dem letztern Falle würde ja denn vorauszusetzen seyn, daß entweder ex emto oder ex Edicto auf Redhibition geklagt worden. Ist nun aber nach förmlicher Verhandlung der Sache auf Redhibition erkannt, und, diesem Erkenntniß zu Folge, auch die Sache dem Verkäufer zurückgegeben, aber das Kaufgeld von diesem nicht restituirt worden; was bedarf es hier noch jener actio in factum, da dem Käufer in diesem Falle schon die actio iudicati nach dem römischen Recht, nach dem heutigen Gerichtsgebrauche aber schon eine bloße Imploration um Vollstreckung des Urtheils genügt? Man müßte sich also den Fall so denken, daß der Richter dem Verkäufer auf das bloße Anbringen des Käufers auferlegt habe, die fehlerhafte Sache zurücknehmen, und dem Käufer sein Geld zu restituiren, und daß sich dann der Verkäufer diesem Befehle des Richters durch freywillige Zurücknahme der Sache gutwillig unterworfen habe, ohne sein Recht weiter zu verfolgen. Denn ausserdem könnte auch wohl der Befehl des Richters anders nicht, als salvis rei exceptionibus, zu verstehen seyn[58]. Da es bey dieser Klage nicht mehr darauf ankommt, ob die Sache, der ihr beywohnenden Mängel wegen, wirklich wandelungsmäßig war, oder nicht; sondern der Grund derselben lediglich darin gesetzt wird, daß der Beklagte die Sache ohne Widerspruch zurückgenommen habe; so hüte sich der Kläger, daß er den Grund der Klage nicht in den Fehlern der Sache setze. Denn dadurch würde er den Beklagten zu der Einrede veranlassen, die Sache habe keinen, oder keinen bedeutenden Mangel gehabt, und auf solche Art den Vortheil der Klage verlieren. Es ist daher auch sehr

58) Burchard cit. Disput. §. 8. et 9.

zu tadeln, wenn einige Rechtsgelehrten[59]) die actio redhibitoria auch noch in dem Falle wollen Statt finden lassen, für welchen die actio in factum besonders eingeführt ist, und welche daher Ulpian in der oben angeführten Stelle von der actio redhibitoria so deutlich unterscheidet. Daß, ausser dem Kaufgelde, die Klage auch auf die Zinsen desselben, desgleichen auf Schäden und Kosten gerichtet werden könne, leidet keinen Zweifel[60]). Es fragt sich nur noch, ob diese actio in factum, ihrem Ursprunge nach, dem Civilrecht, oder dem Edict angehöre? Die Meinungen der Rechtsgelehrten sind getheilt. Einige[61]) wollen sie für eine actio aedilitia halten. Andere[62]) für eine Civilklage. Die letztere Meinung ist an sich wohl die richtigere. Da indessen diese Klage aller Wahrscheinlichkeit nach durch die Interpretation der römischen Rechtsgelehrten aus dem Grunde des Edicts ist abgeleitet worden, so läßt sich insofern auch jene erstere Meinung rechtfertigen.

2) Auf Minderung des Werths geht

a) nach dem Edict, die *actio quanti minoris*,

59) *Just.* Meier Colleg. iur. Argentorat. h. t. §. 27. nr. II. und *Jo. Gottfr.* Schaumburg Compend. iuris Dig. h. t. §. 7.

60) *L.* 27. *L.* 29. §. 2. *et* 3. *D. h. t. L.* 1. *Cod. eodem. L.* 13. *D. de act. emti et vend.* Burchard cit. Diss. §. 14.

61) Treutlerus Disp. ad Pand. h. t. Th. IV. lit. B. und Schoepffer Systema corp. iur. th. pract. h. t. nr. 1.

62) *Ger.* Noodt Comment. ad Pand. h. t. §. Satis. T. II. *Oper.* pag. 469. *Jo. Ortw.* Westenberg de causis obligationum. Diss. V. Cap. III. §. 10. et 11.

oder richtiger *quanto minoris*[63]), die Minderungsklage, welche auch *actio aestimatoria*[64]), oder *iudicium aestimatorium*[65]), genennt wird, weil mittelst derselben die Sache geschätzt wird, was sie des Fehlers wegen weniger werth ist, als der Käufer dafür bezahlt haben würde, wenn er den Fehler gewußt hätte[66]). Diese Klage kann in denselben Fällen angestellt werden, wo auch die actio redhibitoria begründet ist[67]), mit welcher sie, wie bereits oben gezeigt worden, electivisch concurrirt.

b) Nach dem Civilrecht, die *actio emti*. Denn es ist eine Regel, sagt Cujaz[68]): *Qui potest conveniri redhibitoria, vel aestimatoria, ex eadem causa potest conveniri ex emto*. Daraus folgt aber nicht, was Hugo Donellus[69]) behauptet, daß die actio quanto mino-

63) *L.* 18. *pr.* *L.* 19. §. *ult.* *L.* 31. §. 16. *D. h. t.* *L.* 2. *Cod. de aedilit. action.* Das Wort, quanto wird von dem Comparativ minoris regiert, und erfordert daher den Ablativ. S. STRAUCH Dissertation. aedilit. II. de actione aestimatoria. Cap. II. §. 1.

64) *L.* 43. §. 6. *L.* 44. §. 2. *L.* 48. §. 2 *D. h. t.*

65) *L.* 18. *pr.* *D. h. t.*

66) DONELLUS de aedilitio Edicto Cap. 6.

67) *L.* 25. §. 1. *D. de except. rei iud.* *L.* 18. *pr.* *L.* 28. *L.* 38. *pr.* *D. h. t.* STRAUCH cit. Dissert. aedilit. II. Cap. I. § 5. 8. 10 et 11. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 28.

68) Recitation. solemn. in Cod. Lib. IV. Tit. 58. de aedilit. actionib. Man sehe auch Schmidts pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. §. 942.

69) Cit. loc. (pag. 211. *Oper. minor.* *Francof.* 1589. 4.)

ris aedilitia keine eigene Klage, sondern nur die durch das Edict erweiterte actio emti, und also eine actio adjectitiae qualitatis sey. Daß auch die actio emti Statt finde, lehrt Paulus *Lib. II. Sententiar. Receptar.* Lib. II. T. 17. §. 6. wo er sagt: Si ut servum quis pluris venderet, de artificio eius, vel peculio mentitus est, *actione ex emto* conventus, *quanto minoris valuisset*, emtori praestare compellitur, nisi paratus sit eum redhibere. Julian aber macht, wie Ulpian *L. 13. pr. et §. 1. D. de act. emti et vend.* bemerkt, in dem Falle, da die Sache mit einem wirklichen Fehler behaftet ist, einen Unterschied, ob er den Fehler gewußt und verschwiegen hat, oder nicht. In dem letztern Falle soll der Käufer mit der actione ex emto nur auf Herausgabe dessen klagen können, *quanto minoris esset emturus, si id ita esse scisset.* In dem erstern Falle aber soll er den Ersatz aller Schäden fordern können, welche dem Käufer aus dem Handel erwachsen sind. Und Ulpian giebt die allgemeine Regel *L. 19. §. 2. D. h. t.* Qui *ex emto* potest conveniri, idem etiam *redhibitoriis actionibus* conveniri potest; er versteht unter den letztern unstreitig im allgemeinen Sinn die ädilizischen Klagen überhaupt, und also sowohl die redhibitoria als aestimatoria actio, weil, wie Julian lehrt *L. 25. §. 1. D. de except. rei iudicatae*, in der Aestimatorienklage auch die Redhibitorienklage enthalten ist.

Einige [70]) wollen bey der actio quanto minoris dem Verkäufer die Wahl gestatten, ob er sich eine Minderung des Kaufgeldes wolle gefallen lassen, oder ob er

70) Westphal vom Kaufe. §. 546.

lieber die Sache zurücknehmen, und dem Käufer sein Geld wieder herausgeben wolle, wenigstens könne der Verkäufer das Letztere alsdann wählen, wenn er durch die aestimatio quanto minoris zu großen Schaden leiden sollte [71]). Allein die Gesetze [72]), worauf man sich beziehet, reden nur von dem Falle, da offenbar ist, daß die Sache dem Käufer gar nichts nütze; hier kann man es denn auch dem Verkäufer, gegen den die Minderungsklage gerichtet ist, wohl zugestehen, die Redhibition der Minderung des Preises vorzuziehen [73]). Zwar scheint Paulus in der oben aus desselben Sententiae receptae angeführten Stelle den Verkäufer zu begünstigen [74]). Allein da diese Stelle nicht in das Corpus iuris civ. aufgenommen worden ist, so kann sie in keine Betrachtung kommen, und zwar um so weniger, da Ulpian [75])

71) Schweppe römisches Privatrecht. 2. B. §. 384.

72) *L.* 43. §. 6. *D. h. t.* *L.* 25. §. 1. *D. de except. rei iudic.*

73) S. Thibaut Syst. des Pand. Rechts 1. B. §. 192. a. E. und Hufeland Lehrbuch des in den deutschen Ländern geltenden Civilrechts. 2. B. §. 2016.

74) *Ger.* Noodt de forma emendandi doli mali. Cap. IX. *Oper.* Tom. I. p. 367. will zwar die Worte des Paulus: *nisi paratus sit eum redhibere*, so verstehen, als ob dem Käufer dadurch die Wahl gestattet worden, vom Kaufe abzugehen, oder quanto minoris zu klagen. Allein daß durch diese Interpretation den Worten Gewalt geschehe, hat schon Westphal a. a. O. gegen Noodt ganz richtig erinnert.

75) *L.* 13. §. 4. *D. de act. emti et vend.* wo Ulpian sagt: Si venditor dolo fecerit, ut rem pluris venderet, puta de artificio mentitus est, aut de peculio, *emti*

in demselben Falle, von welchem Paulus spricht, dem Verkäufer eine solche Wahl nicht gestattet. Es läßt sich auch nicht behaupten, daß für die Wahl des Verkäufers die Analogie spreche. Denn die *L.* 12. §. 1. *D. de iure dotium*, worauf sich Westphal[76]) beruft, gehört gar nicht hieher, da sie von einer Verletzung im Preise redet, in welchem Falle es denn freylich in der Willkühr des Verkäufers steht, ob er, wenn gegen ihn auf Rescission des Contracts geklagt wird, sich dieselbe will gefallen lassen, oder sie nicht lieber durch Vergütung der Läsion abwenden wolle.

3) Auf Leistung des Interesse gehen sämmtliche Klagen, in den Fällen, wo das Interesse gefordert werden kann[77]).

Auch gehen alle diese Klagen auf die Erben über. Von den Civilklagen ist dieses ohnehin bekannt. Von den Klagen aus dem Edict aber bestätigen dieses folgende Gesetzstellen.

*L.* 23. §. 5. *D. h. t.* Ulpianus *libro I. ad Edictum aedilium curulium.* Hae actiones, quae ex

eum *iudicio* teneri, *ut praestaret emtori, quanto pluris servum emisset*, si ita peculiatus esset, vel eo artificio instructus.

76) a. a. O.

77) *L.* 1. §. 1. *in fin. D. h. t.* *L.* 28. *L.* 29. *D. eodem.* *L.* 13. *pr.* §. 1. 2 *et* 3. *D. de act. E. et V.* L. 45. *D. de contrah. emt.* *L.* 1. *Cod. de aedilit. action.* S. §. 1111. S. 89. und S. 117. und Frantzkius in Comm. ad Dig. h. t. nr. 105. Es ist daher nicht nöthig, hier eine eigene actio in factum mit Noodt in Comm. ad Dig. h. t. §. *Ex tribus* anzunehmen. S. oben Not. 75. S. 117.

hoc Edicto oriuntur, etiam *adversus heredes omnes* competunt.

*L.* 48. *§.* 5. *D. eodem.* POMPONIUS *Lib. XXIII. ad Sabinum.* Aedilitiae actiones et heredi et in heredem competunt: ut tamen et facta heredum, quae postea accesserint, et quod experiri potuerint, quaerantur.

Es wird aber freylich, wie Pomponius lehrt, dabey vorausgesetzt, daß sich die Erben des Käufers nicht etwa durch ihre Handlungen der Klage begeben, oder sich sonst derselben verlustig gemacht haben[78]. Z. B. wenn die Sache durch ihr Verschulden sollte zu Grunde gegangen oder verderbt worden seyn; in welchem Falle jedoch den übrigen Miterben gegen den alleinigen Urheber des Schadens den Regreß mittelst der Erbtheilungsklage zu nehmen unbenommen ist, wie ebenfalls Pomponius in einer schon oben vorgekommenen Stelle[79] sagt.

Uebrigens unterscheiden sich die angeführten Rechtsmittel darin von einander,

I) daß auf Minderung des Werths mehr als einmal geklagt werden kann, und man kann mit einer jeden Klage den Prozeß gewinnen, wenn nur verschiedener Fehler wegen geklagt wird[80]. Auf die Aufhebung des Contracts hingegen kann man nur einmal mit Wirkung klagen. Denn wird der Prozeß gewonnen, so erhält der Kläger alles, was ihm gebührt. Ist nun aber die Redhibition einmal vollständig und judicatmäßig gesche-

78) S. Westphal vom Kauf. §. 481.

79) *L.* 31. §. 9. *D. h. t.* Siehe oben S. 77. f.

80) *L.* 31. §. 16. *D. h. t.* *L.* 32. §. 1. *D. de eviction.*

hen, was bleibt nun noch zu redhibiren, oder zu ästimiren übrig? Ein Anders wäre, wenn der Käufer wegen eines nicht erwiesenen Fehlers mit der Redhibitorienklage wäre abgewiesen worden. Hier kann er wegen eines andern nachher sich äussernden Fehlers, der den Gebrauch der Sache erweißlich hindert, sich der Redhibitorienklage von neuem bedienen, ohne daß ihm die exceptio rei iudicatae entgegensteht[81]). Nur wegen des nämlichen Fehlers kann mehr nicht, als einmal geklagt werden. Hat hier der Käufer den Prozeß verlohren, so steht ihm deshalb keine weitere Klage zu, er habe zuerst die Redhibitorien- oder die Aestimatorienklage angestellt[82]). Denn Julian stellt die ganz allgemeine Regel auf in der *L.* 25. *§.* 1. *D. de except. rei iud.* Vere dicetur eum, qui *alterutra earum* egerit, si *altera* postea agat, *rei iudicatae exceptione* summoveri. Es ist dieses auch eine ganz natürliche Folge der electiven Concurrenz beyder Klagen. Denn stand es in der Macht des Käufers, ob er redhibitorisch oder ästimatorisch klagen wollte, so hat er, indem er die eine wählte, die andere aufgegeben[83]). Hat nun der Richter den Verkäufer

81) *L.* 48. §. 7. *D. h. t.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 6. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCXXXVII. med. 1. 2. et 3. Westphal vom Kaufe. §. 473. Schmidts pract. Lehrbuch von Klagen. §. 942. Not. n. S. 691. der Weberischen Ausgabe.

82) Frantzkius Commentar. ad Dig. h. t. §. 99 et 100. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 2. B. §. 2016. Not. 2.

83) Denn bey alternativen Klagen wird durch die bloße Wahl der einen die andere aufgehoben. *L.* 19. *D. de legat* 2. *L.* 112. *pr. D. de Verb. obl.* Thibaut civilistische Abhandlungen Nr. IX. S. 156. und 170.

von der Klage absolvirt, so kann nachher auch selbst die Redhibitorienklage nicht weiter Statt finden, wenn auch nur die Aestimatorienklage zuerst wäre angestellt worden, weil in dieser Klage, wie Julian ausdrücklich sagt, die Redhibition enthalten ist, auf welche der Richter auch ex officio hätte erkennen können, wenn die Sache zur Redhibitorienklage geeignet gewesen wäre. Ward also quanto minoris geklagt, und der Prozeß wird verlohren, so ist hiermit die Basis beyder Klagen vernichtet. Denn dadurch, daß der Richter den Verkäufer von der Klage absolvirte, erklärte er zugleich, daß weder zur Redhibition noch zur aestimatio quanto minoris ein zureichender Grund vorhanden sey, und ist das Erkenntniß rechtskräftig geworden, so ist zugleich damit die stillschweigende Erklärung, daß auch die andere Klage, welche hätte gewählt werden können, unstatthaft sey, mit in die Rechtskraft erwachsen [84]). Eine andere Frage ist, ob nicht der Kläger die actio aestimatoria fallen lassen, und die Redhibitorienklage anstellen könne? War die Einlassung auf die Klage noch nicht erfolgt, so hat es keinen Zweifel, daß eine solche Aenderung der Klage noch Statt finde, weil aus der bloßen Anstellung der Klage für den Beklagten kein festes Recht erwächst [85]). Wie aber wenn nach

84) Anderer Meinung ist zwar *Io. Nic. Hect.* Dietz in Diss. de electivo, ut ferunt, concursu actionis redhibitoriae cum actione quanti minoris aeque in genere ac in specie ad L. 25. §. 1. D. de except. rei iud. Praes. *Io. God. Sigism. Albr.* Büchnero def. *Giessae* 1789. 4. Allein man sehe Klübers kleine jurist. Bibliothek. 6. Bandes 21. St. Nr. XIX. S. 100. f.

85) Frommann Diss. de electione actionis utilioris *Tüb.* 1687. §. 18. und Thibaut civilistische Abhandlungen. Nr. IX. S. 157.

erfolgter Einlassung auf die Klage der Käufer die Aestimatorienklage aufgiebt, kann er nun die Redhibitorienklage noch anstellen? Struben[86]) findet kein Bedenken, auch diese Frage zu bejahen, weil es nirgends in den Rechten verboten sey, eine Klage fallen zu lassen, und eine andere zu gebrauchen, wenn man nur dem Beklagten die ob mutatum libellum verursachte Kosten ersetze. Ueberdem könne ja der Richter nach *L.* 43. §. 6. *D. h. t.* dem Verkäufer ex officio die Zurücknahme der dem Käufer unnützen Sache auferlegen; warum sollte er nicht auch des Klägers Gesuche Statt geben können, wenn dieser die ihm unbrauchbare Sache dem Verkäufer zurückgeben will. Dieser Meinung stehe auch die oben angeführte *L.* 25. §. 1. *D de except. rei iud.* nicht entgegen, weil dieses Gesetz voraussetze, daß der Kläger mit der zuerst angestellten Klage rechtskräftig abgewiesen worden sey. Dieß sey aber hier der Fall nicht. Nach meiner Ansicht bedarf es hier der Anstellung einer neuen Klage gar nicht einmal, wenn in dem Falle, da bloß ästimatorisch geklagt worden, der Kläger nachher die völlige Unbrauchbarkeit der Sache darthut, und daher gänzliche Aufhebung des Contracts verlangt. Durfte hier der iudex pedaneus der Billigkeit wegen von der ihm vom Prätor ertheilten formula iudicii abweichen, und ex officio redhibitorisch sprechen; warum sollte dieses nicht auch heut zu Tage unsern an keine Formel gebundenen Richtern erlaubt seyn?

2) In Ansehung der Dauer unterscheiden sich die angeführten Rechtsmittel darin von einander.

86) Rechtliche Bedenken. 1. Th. Bed. XVII. S. 46. ff.

A) Wird auf Rescission des Contracts geklagt, und zwar

a) auf Zurücknahme der Sache wegen eines dazu geeigneten Fehlers derselben, so dauert die Klage nur 6 Monate, es mag aus dem Edict, mit der actio redhibitoria, oder aus dem Contract, mit der actio emti geklagt werden. Viele [87]) sind zwar anderer Meinung und glauben, die actio emti erlösche erst in 30 Jahren. Allein diese Meinung widerlegt das Rescript des Kaisers Gordian in *L.* 2. *Cod. de aedilit. action.* welches folgendermassen lautet: Cum proponas servum, quem pridem comparasti, *post anni tempus* fugisse: qua ratione eo nomine cum venditore eiusdem congredi quaeras, non possum animadvertere. Etenim *redhibitoriam* actionem *sex mensium temporibus*, vel quanto minoris anno concludi, manifesti iuris est. Wie konnte der Kaiser so rescribiren, wenn die actio emti, welche doch eben so gut, wie die actio aedilitia, auf Redhibition gerichtet werden kann, von längerer Dauer wäre, als die Klage aus dem Edict? Wäre die actio emti, insofern sie mit der actio redhibitoria ex Edicto electivisch concurrirt, eine actio perpetua, wozu war noch die Anfrage nöthig, ob wider den Verkäufer auch noch nach einem Jahre geklagt werden könne? Es war ja hier von einem Gemüthsfehler, von einem servus fugitivus, die Rede, worauf haupt-

87) *Amad.* Eckolt Compendiar. Pand. tractatio. h. t. §. 10. *Io. Iac.* Wissenbach Exercitat. ad Pand. Diss. XLI. Th. 9. *Io. Sam.* Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 12. *Io. Ortw.* Westenberg de causis obligation. Diss. VIII. Cap. I. §. 22. und Ernst Christ. Westphal Lehre des gemeinen Rechts vom Kaufe. §. 477.

sächlich die actio emti ging, indem die actio redhibitoria nur ausnahmsweise darauf ausgedehnt wurde [88]). Wenn nun die actio ex emto auch da noch gestattet wird, wo die Aedilen keine Klage geben; wie konnte der Kaiser Gordian sagen, er könne nicht einsehen, wie nach einem Jahre wegen des Flüchtlings noch eine Klage gegen den Verkäufer Statt haben könne, wenn dem Käufer der Weg zur actio emti noch offen gewesen wäre? Gewiß es würde nie mehr die Frage von einer Verjährung der Klage aus dem Edict seyn können, wenn die Klage aus dem Contract perpetuirlich wäre. Mit Recht behaupten daher die meisten Rechtsgelehrten [89]), daß wenn die Frist zur Klage aus dem Edict verstrichen ist, auch mit der actio emti die Redhibition nicht mehr verlangt werden könne.

b) Wird wegen verweigerter Sicherheitsleistung, die dem Verkäufer in dem Edict befohlen ist, oder wegen verweigerter Auslieferung der Zierrathen, womit das Thier um des Verkaufs willen versehen gewesen ist, auf Redhi-

88) *L.* 1. §. 1. *et* §. 10. *in fin.* *L.* 4. §. 3. *et* 4. *D. h. t.*

89) *Io.* STRAUCH Dissertation. aedilitiar. prior. de act. redhibitor. Cap. III. §. 9. *Hug.* DONELLUS de aedilit. Edicto. Cap. 5. *Ant.* SCHULTING Thesium controversar. Dec. LXXXV. Th. 9. *Io. Henr. de* BERGER Oeconom. iuris. Lib. III. Tit. 8. §. 7. not. 7. *Io. Balth. L. B. a* WERNHER Select Observ. for. T. II. P. VIII. Obs. 475. *Ge.* FRANTZKIUS Commentar. ad Pand. Lib. XIX. Tit. 1. nr. 99. et 100. *Io. Henr ab* ASCHEN Diss. de praescriptione redhibitionis. *Goettingae* 1785. §. 12. und Thibaut über Besitz und Verjährung. 2. Absch. §. 50.

bition geklagt, so dauert die Klage nur zwey Monate oder 60 Tage[90].

c) Wird bloß auf Restitution des Kaufgeldes in einem Falle geklagt, wo sich der Verkäufer die Zurücknahme der Sache ohne Prozeß gefallen ließ, so ist die deshalb zustehende actio in factum der Verjährung der Redhibition nicht unterworfen; weil es höchst unbillig seyn würde, wenn der Käufer die Sache und auch den Preis entbehren sollte[91]. Es würde deshalb auch selbst die condictio sine causa dem Käufer nicht zu versagen seyn, welche ohne Zweifel auch eine actio perpetua ist. Anderer Meinung ist zwar Treutler[92], es hat ihn aber Bachov[93] schon zur Genüge widerlegt.

B) Wird nicht auf Redhibition, sondern bloß auf Minderung des Werths wegen entdeckter Fehler geklagt, so kann die deshalb zustehende Klage, sie sey die ädilizische actio quanto minoris, oder die actio emti ein Jahr angestellt werden[94]. Dahingegen dauert die Klage auf Leistung des Interesse wegen verweigerter Caution nur 6 Monate[95].

Diese Fristen sind sämmtlich tempora utilia, bey

90) *L.* 28. *L.* 38. *pr. D. h. t.* S. *ab* Aschen Dissert. cit. §. 13 — 16.

91) *L.* 31. §. 17. *D. h. t.* Nec de tempore quaeretur, an in tempora redhibitus esse videatur. S. Burchard Diss. de actione in factum. §. 17.

92) Disput. ad Pand Vol. II. Disp. II. Th. 4. lit. B.

93) Not. et Animadvers. ad *Treutlerum* c. l.

94) *L.* 19. §. *ult. L.* 38. *pr. D. h. t.*

95) *L.* 28. *D. eodem.*

welchen daher nur diejenigen Tage gezählt werden, an welchen die Klage ungehindert angestellt werden konnte, oder, wie Papinian[96]) sagt, quibus experiundi potestas fuit. Um aber den Anfang der Verjährung genauer zu bestimmen, kommt es darauf an,

a) ob der Fehler wegen, es sey redhibitorisch oder ästimatorisch, geklagt wird. Hier ist wieder zu unterscheiden, ob deshalb etwas durch Stipulation verabredet worden, oder nicht. Im ersten Falle läuft die Verjährung von der Zeit der errichteten Stipulation an, wenn darauf die Klage gegründet wird; in dem letztern aber ist sie von der Zeit des geschlossenen Handels an zu rechnen, und bey diesem Anfange der Verjährung bleibt es denn auch in dem Falle, da die Stipulation der Fehler wegen noch vor dem Kaufe errichtet wurde. Sollte aber der Käufer den Fehler erst nach Ablauf der gesetzlichen Verjährungszeit entdeckt haben; so kommt es darauf an, ob dem Käufer wegen dieser Unwissenheit eine grobe Nachläßigkeit zur Last fällt, oder nicht. Im letztern kann ihm die Einrede der Verjährung nicht entgegengesetzt werden, denn der Käufer hatte hier nicht die potestas experiundi, weil dazu schlechterdings gehört, daß man von seiner Befugniß zu klagen auch Wissenschaft habe[97]). Hierher gehören nun folgende Gesetzstellen.

96) *L.* 55. *D. h. t.* Was das sagen will, potestatem experiundi habere, ist schon an einem andern Orte erklärt worden. S. des 3. Thls. 2. Abth. §. 269. a. S. 555. ff. Ueber die heutige Anwendung des tempus utile ist Dabelow im Handbuch des Pandectenrechts 1. Th. (Halle 1816). §. 117. S. 602. zu vergleichen.

97) *L.* 6. *D. de calumniatorib.*

*L.* 19. *§. ult. D. h. t.* Ulpianus *libro I. ad Edict. Aedil. curul.* Tempus autem redhibitionis *sex menses utiles* habet: si autem mancipium non redhibeatur, sed *quanto minoris* agitur, *annus utilis* est: sed tempus redhibitionis *ex die venditionis* currit: aut si dictum promissumve quid est, ex eo, ex quo dictum promissumve quid est.

*L.* 20. *D. eodem.* Caius *libro I. ad Edictum Aedil. curul.* Si vero ante venditionis tempus dictum intercesserit, deinde post aliquot dies interposita fuerit stipulatio, Caelius Sabinus scribit, ex priore causa, quae statim, inquit, ut veniit id mancipium, eo nomine posse agere coepit[98].

98) Daß die Construction der Worte, so wie sie hier nach der Taurellischen und Gebauerischen Ausgabe lauten, einen Anstoß giebt, ist unläugbar. Haloander sucht daher der Schwierigkeit durch eine Versetzung der Worte abzuhelfen. Er liest nämlich so: ex priore causa, quae statim (inquit) ut venit id mancipium, coepit: eo nomine posse agere. Westphal Lehre des gemeinen Rechts vom Kaufe. §. 479. glaubt, statt *quae statim*, sey besser zu lesen: emtor statim, und versteht nun diese Stelle so, man müsse, wenn die Zeit, wo der Kauf geschlossen worden, und die, wo die Stipulation errichtet ist, verschieden sind, den Grund unterscheiden, worauf die Klage gebauet wird. Werde sie auf den Kauf gebauet, so laufe ihre Zeit von der Zeit an, da dieser geschlossen worden. Baue man sie aber auf die Stipulation, so müsse man von dem Tage an rechnen, wo solche gebraucht worden. Allein mir scheint von diesem Unterschiede die Stelle nichts zu enthalten, und daher die vorgeschlagene Emendation ganz unnütz zu seyn. Sichtbar steht hier das coepit ganz am unrechten Orte, wie schon Haloander ganz richtig einsahe. *Guil.* Budaeus in Annotation. in

*L.* 38. *pr. D. h. t.* Ulpianus *libro II. ad Edictum Aedil. curul.* — morbi autem, vitiique causa inemptis faciendis, *in sex mensibus*: vel quo minoris, cum venirent, fuerint, *in anno* iudicium dabimus.

*L.* 55. *D. eodem.* Papinianus *libro XII. Responsorum.* Cum *sex menses utiles*, quibus experi-

Pand. ad h. L. fol. 187. b. weißt auch so, wie Haloander, dem Worte coepit seinem richtigern Platz an. Der Sinn, sagt er, sey nun der: Redhibitionis tempus, licet dicti promissive nomine competat, a venditione tum demum subsecuta procedere, quippe cum ex eo promisso ante venditionem agi non potuerit. Das *coepit* beziehe sich also nicht auf agere, sondern auf causa. Russardus und Charondas sind ganz mit Budaeus einverstanden. Auch Pothier in Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. LXXXVII. not. f. giebt ihm Beyfall. Allein wem fällt nicht der unnütze Wortüberfluß: *Caelius Sabinus* scribit, und inquit, auf? Sollte nicht das *inquit* eine verdorbene Leseart seyn, und dafür *incipit* gelesen werden müssen? Ließ man freylich das inquit einmal passiren, so war die Beyfügung des Worts coepit zur Vollständigkeit des Sinnes schlechterdings nothwendig. So scheint es dann seinen ganz unrichtigen Platz bekommen zu haben. Man lese also vielmehr mit *Io. Guil.* Hoffmann in Meletemat. et Observation. variis ad Pandect. Dissertat. XIX. §. 1. *Caelius Sabinus* scribit, ex priore causa, quae statim *incipit*, ut veniit id mancipium, eo nomine posse agere. Wie Budaeus und Haloander, lesen übrigens auch noch die Sennetonianische Ausgabe und die des Hugo *et heredum* Aemonis *a* Porta. Unser Erlanger Codex weicht hierin von der gemeinen Leseart nicht ab. Daß übrigens bey den Worten *posse agere*, scilicet *emtorem* subintelligirt werden müsse, versteht sich. S. *Ant.* Schulting Thes. controversar. Dec. LXXXV. Th. 8.

undi potestas fuit, *redhibitoriae actioni* praestantur, non videbitur *potestatem experiundi* habuisse, *qui vitium fugitivi latens ignoravit:* non idcirco tamen *dissolutam ignorationem* emtoris excusari oportebit.

b) Wird blos wegen verweigerter Cautionsleistung, oder wegen verweigerter Auslieferung der Zierrathen geklagt, so läßt sich hier keine solche Unwissenheit gedenken, welche den Anfang der Verjährung hindern könnte. Es bleibt also hier bey der Regel, nach welcher die Verjährung von dem Tage des geschlossenen Contracts ihren Anfang nimmt [99]). Diese Regel leidet jedoch in dem Falle eine Ausnahme, wenn wider den Vater ex causa redhibitionis nach dem Tode des Sohnes mit der actio de peculio geklagt wird. Hier wird die Verjährung von dem Tode des Sohnes an gerechnet [100]).

Mehrere practische Rechtsgelehrten [1]) sind der Meinung, daß das tempus utile bey der Redhibitorienklage in Gemäßheit der neuern Verordnung der *L.* 7. *Cod. de temporib. in integrum restitut.* quadruplicirt werden müsse. An die Stelle der 6 Monate trete also jetzt eine Frist von zwey Jahren. Denn durch die Redhibition werde alles in den vorigen Stand gesetzt [2]), es müsse also auch hier, wie bey der prätorischen Restitution, die Berechnung des temporis utilis wegfallen, und ein qua-

99) S. *ab* Aschen Diss. cit. §. 19.

100) *L.* 2. *pr. D. Quando de peculio act. ann. est. L.* 23. §. 4. *D. h. t.*

1) *Sam.* Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 33. *Io. Balth. L. B. a* Wernher Select. Observat. for. Tom. III. P. I. Obs. 113. nr. 4.

2) *L.* 60. *D. h. t.*

druplicatum tempus continuum an dessen Stelle treten. Ja man will behaupten, daß bey allen Klagen, denen eine besondere Verjährungszeit vorgeschrieben worden, welche utiliter berechnet werden soll, die Vervierfachung dieser Zeit unter Verwandlung derselben in ein tempus continuum angenommen werden müsse[3]). Allein wie wenig es Justinians Absicht gewesen seyn könne, daß in allen Fällen, wo bey Klagen ein tempus utile vorgeschrieben war, dieser Zeitraum unter Verwandlung desselben in ein tempus continuum gerade vervierfacht werden solle, ergiebt sich daraus, weil er schon vorher[4]) in einem andern Falle den bis dahin üblich gewesenen annus utilis in ein dreyßigjähriges tempus continuum hauptsächlich aus dem Grunde verwandelt hatte, weil die Berechnung des anni utilis mit vielen Schwierigkeiten verbunden sey. Aus demselben Grunde verwandelte nun Justinian auch den annus utilis bey den prätorischen Restitutionsklagen in ein quadrieninum continuum. Ist es nun nicht eine höchst willkührliche Ausdehnung des Gesetzes, wenn man in einem Falle, wovon der Gegenstand des Gesetzes ganz verschieden ist, einer Norm folgt, für welche das Gesetz gar keinen Grund enthält, der hier als leitendes Princip dienen könnte[5])? Das Gesetz spricht vom annus utilis; und das tempus redhibitionis enthält *sex menses utiles*; aus welchem Grunde kann man nun statt derselben gerade ein biennium continuum

3) Dabelow Handbuch des Pandectenrechts. 1. Th. §. 117. S. 604.

4) *L. 1. Cod. de ann. except.*

5) S. Thibaut Theorie der logischen Auslegung des Röm. Rechts. §. 18. S. 79. f. der 2. Ausgabe.

eintreten lassen, da man vielmehr den wichtigsten Grund für das Gegentheil darin hätte finden können, daß Justinian die Verordnung des Kaisers Gordian[6]), welcher in einem Falle, wo es gerade auf eine Ausdehnung der Zeit ankam, rescribirte: Etenim redhibitoriam actionem *sex mensium temporibus*, vel quanto minoris, *anno* concludi, manifesti iuris est, ohne alle Abänderung in seinen Codex aufnahm[7]).

C) Wird dem Verkäufer die exceptio redhibitoria entgegengesetzt, so sind die Meinungen der Rechtsgelehrten in Hinsicht der Verjährung getheilt. Mehrere[8]) sind der Meinung, daß eben die Verjährung, welche das Recht redhibitorisch zu klagen aufhebt, auch den Verlust der Einrede bewirke, weil hier der Beklagte sein Recht auch klagend hätte verfolgen können, mithin der bekannte Grund nicht Statt finde, weshalb sonst die Einreden vor angestellter Klage keiner Verjährung ausgesetzt sind. Es würde auch, sagt man, wenn man hier die Regel annehmen wollte, quae ad agendum sunt temporalia, ea ad excipiendum sunt perpetua, die Absicht der Aedilen nicht erreicht werden, welche zu Gunsten des gemeinen Handels dem Käufer keineswegs die Befugniß zu redhibiren auf immer haben gestatten wollen. Ja es könne

6) *L.* 2. *C. de aedilit. action.*

7) Man sehe noch *ab* Aschen Diss. de praescript. redhibitionis. §. 20.

8) S. *ab* Aschen Diss. de praescriptione redhibitionis. §. 23. und Schmidt Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden. 4. Th. §. 933. Eben so Mevius P. IV. Decis. 50.

schon darum dem Käufer, nach Ablauf der Klagefrist, die Befugniß sich jener Exception zu bedienen um so weniger verstattet werden, je häufiger von Seiten der Käufer ein Betrug darhinter zu stecken scheine, welche zu dieser Einrede ihre Zuflucht zu nehmen pflegen, wenn sie nicht zahlungsfähig sind. Endlich müsse es der Käufer sich hier auch selbst zuschreiben, daß er die fehlerhafte Sache über die gesetzte Zeit behalten hat.

Allein der Satz, der hier aufgestellt wird, daß Einreden, die sonst in der Regel unverjährbar sind, alsdann eben derselben Verjährung unterworfen wären, welche der Klage gesetzt ist, wenn man sein Recht auch klagend verfolgen konnte, ist ganz unrichtig, und streitet gegen die Gesetze [9]), welche auch in diesem Falle die Einrede für perpetuirlich erklären. Es kann auch dem Käufer nicht zugemuthet werden, durch Anstellung einer Klage, wozu ihn die Gesetze nicht nöthigen, sich aus dem Vortheil zu setzen, den er als Beklagter zu genießen hat. Ueberdem wird ja durch die Extinctivverjährung, von welcher hier nur die Rede seyn kann, nicht sowohl das Recht und die Verbindlichkeit an sich, als vielmehr nur die gerichtliche Verfolgung durch Klagen ausgeschlossen; es muß folglich wegen der an sich nicht aufgehobenen Verbindlichkeit so lange eine Einrede Statt finden, bis man Gesetze beybringt, welche das Gegentheil verordnen; und daran fehlt es hier gänzlich [10]).

9) *L.* 5. §. 6. *XLIV.* 1. D. *de doli mali et met. except.* *L.* 5. *VIII.* 36. *Cod. de exceptionib.*

10) Mit mir einverstanden sind *Car. Ferd.* HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. III. Obs. 481. Ad. Diet. Weber Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 1. St. Nr. 1. S. 6—11. Höpfner Com-

## §. 1114.

**Unterschied zwischen des Beklagten Wissenschaft und Unwissenschaft in Rücksicht der Fehler. Fälle, wo diese Klagen wegfallen.**

Die angeführten Klagen haben übrigens Statt, der Verkäufer mag die Fehler gewußt haben, oder nicht[11]). Jedoch ist der Unterschied zu bemerken, daß, wenn der Verkäufer die Fehler wußte, und arglistig verschwieg, er zugleich das Interesse und allen dem Käufer dadurch verursachten Schaden ersetzen muß; dahingegen derselbe in dem Falle, da er sich der entdeckten Fehler wegen in der Unwissenheit befindet, nur das Kaufgeld zurückgeben, oder den geringern Werth der Sache vergüten darf[12]). Die Klagen fallen jedoch weg, wenn der Käufer die angeblich fehlerhafte Sache verbraucht, oder verkauft, oder dieselbe so umgestaltet hat, daß sie als ein neues Wesen zu betrachten ist[13]).

---

mentar über die Heinecc. Institutionen §. 1199. Note 2. Thibaut System des Pand. Rechts 2. B. §. 1040. der 4. Ausgabe. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 2103.

11) *L.* 1. §. 2. *D. h. t.* Schmidts Lehrbuch von Klagen und Einreden. §. 936. a. E. Westphal vom Kauf. §. 474.

11) *L.* 13. *pr. D. de act. emti et vend.* *L.* 1. *Cod. de aedilit. action.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 13.

13) MEVIUS Decision. P. IV. Decis. 341. *Rud. Henr.* LUEDERSSEN Diss. Num mercator venditis mercibus adhuc actione quanti minoris adversus venditorem experiri possit? *Helmst.* 1801. Schmidt Lehrbuch von Klagen. §. 936. Nr. 9. S. 686. und Thibaut Syst. des Pand. Rechts 1. B. §. 195.

Zum Beschluß dieses Titels finde ich noch Folgendes zu ergänzen nöthig.

1) Wenn Ulpian *L.* 1. §. 9. *et* 10. *D. h. t.* sagt, es sey kein Fehler, wenn ein Sklave zwar ehemals circa fana bachatus sit, es aber jetzt nicht mehr thue; überhaupt aber für sanus zu halten sey, si servus inter fanaticos non semper caput iactaret; (S. 23.) so bemerkt Brisson[14]), daß unter den Fanatikern die *Galli*, jene heidnischen Priester der Cybele, der Mutter der Götter, zu verstehen seyen. Denn diese pflegten, wenn sie das Bildniß der Cybele herumtrugen, sich wie Wahnsinnige zu gebährden, allerley Drehungen und Wendungen mit dem Kopfe zu machen, sich die Arme zu zerfleischen, und dabey mit einem schrecklichen Geheule fürchterliche Prophezeihungen auszusprechen[15]). Unter andern kann hierüber Servius ein Zeugniß ablegen, wenn er zu Virgils Aeneide *Lib.* X. *v.* 220. sagt: Mater Deûm dicta *Cybele* *ἀπὸ του κυβιστᾶν τὴν κεφαλὴν* id est capitis rotatione, quod semper *Galli* motu capitis per furorem comam rotantes ululatu futura pronunciabant. Diese Gebährden ahmten diejenigen nach, welche aus vermeintlicher Eingebung eines höhern Wesens künftige Dinge prophezeiheten, welche man Fanatiker nannte. So heißt es bey Tibull *Lib. II. Eleg.* 5. *v.* 65

*Haec cecinit Vates, et te sibi Phoebe vocavit,*
*Jactavit fusa sed caput ante coma.*

14) Select. Antiquitat. Lib. II. cap. 13.

15) Alex. Adam Handbuch der röm. Alterthümer aus dem Englischen übersetzt von Meyer, Erlangen 1794. 1. Th. S. 561.

Der Dienst der magna Mater Deorum war zwar bey den Römern eingeführt, aber die Priester derselben waren so infamirt, daß nur die niedrigsten Menschen sich dem Dienst derselben widmeten. Wenn nun ein Sklave dergleichen fanatische Narrheiten mitgemacht hatte, aber es nachher nicht mehr gethan, so konnte er nach der Meinung des Vivianus nicht redhibirt werden. Nahm aber diese religiöse Schwärmerey noch seinen Kopf ein, so sahe man dieß als einen Gemüthsfehler an, weshalb zwar nicht aus dem Edict, aber doch ex emto geklagt werden konnte[16].

2) Bey der oben S. 22. aus Ulpian angeführten *L.* 23. §. 3. *D. h. t.* ist noch zu bemerken, daß zwar Cornel. van Bynkershök[17]) statt medicamentum pro veneno umgekehrt *venenum pro medicamento* lesen will, allein zu dieser Emendation ist gar keine Nothwendigkeit vorhanden. Der Sinn ist nach der gemeinen Leseart vollkommen richtig. Er geht dahin, wenn ein Sklave, der aus Lebensüberdruß Gift zu sich nehmen wollte, aus Irrthum ein Arzeneymittel, welches er für Gift hielt, eingenommen hätte, so kann er redhibirt werden, wegen des versuchten Selbstmords[18]).

16) S. *Petri* Tollozan Diss. de maleficis et mathematicis et caeteris similibus. *Lugd. Bat.* 1736. Cap. V. §. 3. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. Dissertation. iuridicar. selectissimar. in academ. Belgic. habitar.* Vol. I. Tom. III. pag. 271. sqq.)

17) Observat. iur. Rom. Lib. IV. c. 4.

18) S. *Hub. Greg. von* Uryhoff Diss. ad L. 6. §. 5. π. de div. rer. L. 16. §. 8. π. de poen. et L. 236. π. de V. S. *Lugd. Bat.* 1735. in Oelrichs Thes. eod. Vol. et Tom. pag. 210.

3) Ueber den Grund der *L.* 63. *D. h. t.* warum die Aedilen in ihrem Edict blos vom Verkaufe der Waaren, und nicht auch von Locationen reden, kann zur Erläuterung dieser Gesetzstelle noch zu S. 41. bemerkt werden, *Frid. Gottfr.* Houckii Diss. de rationibus veterum Ictorum falso suspectis. *Traj. ad Rhen.* 1734. Cap. II. §. 3. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. Dissertation. iuridicar. selectiss. in Acad. Belgic. habitar. Vol. I.* Tom. I. pag. 349. sq.)

4) Wenn es in der S. 73. f. angeführten *L.* 25. §. 8. *D. h. t.* heißt: Haec omnia, quae exprimuntur Edicto Aedilium praestare eum debere, *si ante iudicium acceptum facta sint*: idcirco enim necesse habuisse ea enumerari, ut, si quid eorum *ante litem contestatam* contigisset, praestaretur: ceterum *post iudicium acceptum* tota causa ad hominem restituendum *in iudicio* versatur: et tam fructus veniunt, quam id, quo deterior factus est, ceteraque veniunt: iudici enim, statim atque iudex factus est, omnium rerum officium incumbit, quaecunque in iudicio versantur. *Ea autem, quae ante iudicium contingunt, non valde ad eum pertinent, nisi fuerint ei nominatim iniuncta;* so wollte hier Ulpian eigentlich die Worte des Edicts erklären: *Si quid autem post venditionem traditionemque — ut ea omnia restituat. L.* 1. §. 1. *D. h. t.* Er will also soviel sagen, alles das, was nach diesen Worten des Edicts der Käufer bey der Redhibition den Verkäufer zu leisten hat, geht nur darauf, was der Käufer an Früchten und Accessionen noch vor entstandenem Prozeß gewonnen, oder durch seine oder seiner Familie Schuld an der Sache verdorben hat. Denn was nach erhobener Klage während des Prozesses geschehen ist, gehört

für das Amt des Richters; darauf muß er von Amts wegen Rücksicht nehmen, und erkennen[19]. Es war also nicht nöthig, davon namentlich Etwas in dem Edict zu erwähnen und zu verordnen. Dieses war nur in Ansehung dessen nöthig, was der Käufer vor der Litiscontestation an Früchten gezogen, oder derselbe durch seine oder der Seinigen Schuld deteriorirt hat. Dieses mußten die Aedilen in ihrem Edict namentlich aufzählen, und dem Richter auferlegen, daß er den Käufer zu dessen Restitution verurtheile. Denn ausserdem hätte der Richter den Käufer nicht verurtheilen können. Nicht von Amts wegen, weil sich das richterliche Amt nicht darauf erstreckt, was sich vor dem Prozeß ereignet hat, wie die letztern Worte unserer Stelle ausdrücklich lehren. Auch nicht wegen der Natur der Früchte selbst, weil der Besitzer in gutem Glauben nur für die nach entstandenen Prozeß erhobene oder zu erheben gewesene Früchte haftet[20]. Darum war es also nöthig, daß die Aedilen wegen der Restitution der Früchte und übrigen Leistungen des Käufers bey der Redhibition vor der Litiscontestation etwas namentlich verordneten. Da also die Aedilen dem Richter die Verurtheilung des Beklagten zur Leistung dessen, was ihm nach dem Edict obliegt, zur Pflicht gemacht haben, dieselbe überdem der Natur der Redhibitorienklage schon an sich gemäß ist, wodurch alles wieder in den Stand gebracht werden soll, in welchem es vor dem abgeschlossenen Handel war; so würde also der Richter den Käufer auch von Amtswegen zur Leistung dessen, was ihm nach dem Edict obliegt, verurtheilen kön-

19) §. 3. *J. de officio iud.*

20) *L.* 22. *Cod. de rei vindicat.*

nen, wenn es auch nicht ausdrücklich von dem Verkäufer wäre gebeten worden, wie Joseph Averani[21]) sehr gründlich bemerkt hat.

5) Zu *L.* 29 §. 1. *D. h. t.* S. 94 f. ist noch zu bemerken, daß Johann Jens[22]) die ungewöhnliche Construction, liberari pecuniae für einen Gräcismus hält, und von ἐλευθεροῦσθαι τῶν χρημάτον herleitet. Der Sinn dieser Stelle gehe dahin, daß der Käufer, welcher sich zur Bezahlung des Kaufgeldes handschriftlich oder Pfandweise verpflichtet hat, durch Redhibition der Sache von seiner Verpflichtung freyzusprechen sey, und ihm die Handschrift und das Pfand zurückgegeben werden müsse.

6) Eine gleiche Construction kommt in *L.* 57. *pr. D. h. t.* S. 104 f. vor, wo es heißt: quae *huic actioni* continentur, statt *hac actione* continentur.

7) In der oben S. 109. angeführten *L.* 31. §. 6. *D. h. t.* ist statt sed et fructus, accessiones, vielmehr so zu lesen, sed et fructus, *accessionis*.

21) Interpretation iuris. Lib. II. cap. 30. nr. 9. — 16.

22) Stricturae ad Rom. iuris Pandect. et Codicem. ad h. L. pag. 160. sq. (*Lugd. Batav.* 1764. 4.)

Lib. XXI. Tit. II.

# De evictione et duplae stipulatione.

## §. 1115.

Was heißt *evincere? evictio? evictionis praestatio?*

Die Aedilen hatten in ihrem Edict den Verkäufern auch noch zur Pflicht gemacht, den Käufern auf ihr Verlangen wegen der Entwährung, und der jenen deshalb obliegenden Verbindlichkeit zur Evictionsleistung durch Stipulation Sicherheit zu geben. Diese Stipulation pflegte immer dahin gerichtet zu werden, daß dem Käufer im Fall erlittener Entwährung der Schaden doppelt vergütet werden solle, und wurde daher duplae stipulatio genennt. Eine solche Stipulation konnte der Käufer mit der Wirkung fordern, daß wenn der Verkäufer dieses Versprechen verweigerte, diese Stipulation in contumaciam, als wirklich geschehen, angenommen werden konnte, wie Paulus lehrt *L.* 2. *D. h. t.* wo er sagt: Si dupla non promitteretur, et eo nomine agetur, dupli condemnandus est reus. Daher ist der Zusammenhang dieses Titels mit dem vorhergehenden zu erklären. Das Wort *evincere*[23])

23) Die besten Schriften in dieser Materie sind *Franc.* Balduinus ad Papinianum de evictione. *Basiliae* 1557. 8. *Hug.* Donellus de evictione et duplae stipulatione.

bedeutet im grammatischen Sinn nicht nur einen durch Stärke der Gründe besiegen, und überwinden, sondern auch diesen Sieg soweit verfolgen, daß der Gegner dasjenige, was er sich zueignete, nicht länger behaupten kann. Plus enim est *evincere*, sagt Cujaz [24]), quam *vincere*, quia est etiam rem abducere et auferre. Una litera auget significationem, ut in elugere, emereri, enavigare, etc., und Doneau [25]) sagt: *Evincere*, ut verbi vis et ratio facile indicat, est vincendo ali-

(*Oper. prior. Francof. ad Moenum* 1589. 4. pag. 212. sqq.) *Ant. Dad.* ALTESERRAE Recitation. ad Tit. Dig. et Cod. de evictionibus. (in EIUS *Recitation. quotid.* T. I. p. 597. sqq.) *Franc.* CALETII ad Tit. 45. libri VIII. Cod. de Evictionibus Commentarius. (Tom. II. *Thes. Meermaniani.* pag. 309. sqq) *Alph. de* GUZMANN ad Tit. de Evictien. Comm. *Madriti* 1629. et *Genevae* 1676. f. *Nic.* BURGUNDUS de Evictionibus. *Lovanii* 1647. 8. *Jo. Ant.* MANGILIUS Tr. de evictionibus. *Genevae* 1608. und *Venet.* 1654. f. *Franc.* DUARENUS ad Tit. Cod. de Eviction. Comment. (*Oper.* pag. 1215.) *Ge.* FRANTZKIUS Comment. in Pand. h. t. pag. 729 — 880. *Christfr.* WAECHTLER ad Tit. Dig. de Evictionibus Commentarius, (in *Opuscul. iurid. philolog.* a *Chr. Henr.* TROTZ edit. *Traj. ad Rhen.* 1733. 8. p. 1 — 181.) *Nic. Christ. de* LYNCKER Diss. de evictionibus praestandis. *Jenae* 1699. BERTHELOT Traité des evictions et de la guarantie formelle selon les lois Romaines. Vol. I. et II. *Paris* 1781. 12. Jos. Hauptmannsberger über die Gewährsleistung nach dem Geist des gemeinen Rechts. Wien 1802. 8. Joh. Bernh. Müller Versuch über die Gewährsleistung. Jena u. Leipzig 1805. 8. und Westphal vom Kauf rc. §. 189 — 365.

24) Ad Africanum Tract. VI. ad L. 24. D. h. t.

25) Tr. de evictione. Cap. 3. pag. 219.

quid ab aliquo auferre, et consequi. Unde in disputando, atque omni orationis contentione, quod vi argumentorum ac dicendo ab adversario extorquemus, ut concedat, *evincere* ab illo dicimur. Im rechtlichen Sinn aber heißt *evincere* soviel als eine Sache dem Andern auf dem rechtlichen Wege abstreiten, d. h. sein Recht an einer Sache vor Gericht auf eine solche Art verfolgen, daß der Gegner entweder als Beklagter die Sache dem rechtskräftigen Richterspruche zu Folge an den Kläger herausgeben müssen, oder selbst als Kläger mit seinem Anspruche abgewiesen worden ist [26]). Derjenige, dem die Sache durch ein richterliches Urtheil wegen des bessern Rechts eines Dritten ist abgesprochen worden, wird *evictus* [27]), der obsiegende Theil aber *evincens* genennt, und derjenige rechtliche Act, wodurch mir ein Dritter eine Sache, die ich von Jemand durch irgend einen Titel an mich gebracht habe, vermöge eines ihm an dieser Sache zustehenden Rechts, im ordentlichen Wege des Rechts, ganz oder zum Theil, entreißt, wird *Evictio*, die Entwährung genennt [28]). Cujaz [29]) sagt: *Evictionis* nomine significatur efficax et plena in iudicio victoria eius, qui egit in emtorem, vel cum quo egit emtor. Est autem *plena et efficax victoria*, quae ad emolumentum seu effectum perducatur re ablata vel abdicata, vel possessione retenta; oder wie Anton Schulting [30]) sagt, per quam emtori rem ha-

26) *L.* 24. *L.* 35. *D. h. t.*

27) *L.* 16. §. 1. *L.* 54. §. 1. *L.* 57. *pr. L.* 63. §. 1. *D. h. t.*

28) *L.* 39. *pr. D. h. t. L.* 1. *D. eodem.*

29) Recitat. Solemn. in Codicem Lib. VIII. Tit. 44. princ.

30) Thesium controversar. Decad. LXXXVI. Th. 1.

bere non licet. Zur Entwährung wird nun nicht nothwendig erfordert, daß man die evincirte Sache schon besessen haben müsse, und daß sie uns aus unserm Besitz entrissen werde. Es kann uns auch eine Sache entwährt werden, die ein Dritter im Besitz hat; diese Sache hat mir Jemand verkauft, welcher Ansprüche daran zu haben behauptete. Ich habe aber den Prozeß verlohren, weil der dritte Besitzer bewieß, daß die Sache ihm gehöre. Hier ist mir die Sache evincirt, wenn sie der Richter dem Besitzer zuspricht [31]). Die Entwährung kann daher nicht nur gegen den Beklagten, sondern auch gegen den Kläger eintreten. Gegen den Beklagten, wenn er im Besitz der Sache war, und diese dem Entwährer, oder dem obsiegenden Theile hat herausgeben, oder litis aestimationem prästiren müssen. Gegen den Kläger, wenn ein dritter die Sache im Besitz hat, von welchem sie der Evictus abgefordert hat, gegen den er aber den Prozeß verlohr [32]). Folgende Stelle aus des Pomponius *libro IX. ad Sabinum* setzt dieses ausser allen Zweifel.

*L.* 16. §. 1. *D. h. t.* Duplae stipulatio [33]) committi dicitur tunc, cum res restituta est petitori, vel damnatus est litis aestimatione [34]), vel possessor ab emptore conventus absolutus est.

31) Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 960. und SCHULTING c. I. Th. 1.

32) Westphal vom Kauf rc. §. 263.

33) Von dieser Duplae stipulatio ist schon oben vorläufig etwas bemerkt worden. Es wird davon weiter unten §. 1121. die Rede seyn. Man vergleiche vor der Hand Westphal vom Kauf rc. §. 190. u. 191.

34) Haloander, Baudoza und unser Erlanger Codex lesen hier in litis aestimationem.

Dagegen ist aber auch die bloße Verurtheilung zur Entwährung noch nicht hinreichend, so lange das Urtheil nicht vollstreckt worden ist, und der Beklagte die ihm abgesprochene Sache noch besitzt, weil mancherley Ursachen eintreten können, weswegen die Vollstreckung des Urtheils unterbleibt, wie Cajus lehrt, aus dessen *libro II. ad Edictum Aedilium curulium* folgende Stelle in die Pandecten aufgenommen ist.

*L. 57. pr. D. h. t.* Habere licere rem videtur emptor, et si is, qui emtorem in evictione rei vicerit, ante ablatam vel abductam rem sine successore decesserit: ita, ut neque ad fiscum pervenire possint, neque privatim a creditoribus distrahi: tunc enim nulla competit emtori ex stipulatu actio: quia rem habere ei licet.

Es wird hier ein solcher Fall aufgestellt, wo der obsiegende Theil vor der Vollstreckung des Urtheils ohne Erben gestorben war, und weder der Fiscus noch die Gläubiger Anspruch an der Erbschaft machen konnten. Dieß kann nur, wie schon Fulgosius bemerkte, der Fall seyn, wenn gegen den Fiscus die Verjährung vorhanden, und der Nachlaß[35]) zur Befriedigung der Gläubiger hinreicht. Es kann aber auch, wie Westphal[36]) ganz richtig erinnert, ein Erbe des verstorbenen Evincenten vorhanden seyn, dieser sich jedoch um die Entwährung weiter nicht bekümmern. Einer Entwährung wird gleichgeachtet, wenn die Sache auch ohne Prozeß wieder in die Hände

35) S. auch Caletii Commentar. cit. Cap. III. nr. 2. bey Meerman T. II. pag. 333. sq. und Waechtler ad h. L. in *Opusc.* pag. 125.

36) Vom Kaufe. §. 247.

des Eigenthümers zurückkam, oder der Besitzer, um die Sache zu behalten, den Prozeß abkaufte Das Erste ist der Fall, wenn die Frau eine Sache, die sie in gutem Glauben gekauft hatte, ihrem Mann zum Heyrathsgute zugebracht, diesem aber das Eigenthum davon gehört, und welcher auch die Sache evincirt haben würde, wenn dieses eheliche Verhältniß nicht eingetreten wäre. Hier kann die Frau gegen den Verkäufer eben so gut klagen, als wenn die Entwährung erfolgt wäre. Es gehört hierher folgende Gesetzstelle.

*L.* 24. *D. h. t.* Africanus *libro VI. Quaestionum.* Non tamen ei consequens esse, ut et [37]) si ipsi domino nuptura, in dotem eum dederit, committi stipulationem dicamus: quamvis aeque indotata mulier futura sit: quoniam quidem etiam si verum sit, habere ei non licere servum, illud tamen verum non sit, iudicio eum evictum esse: ex emto tamen contra venditorem mulier habet actionem.

Der Unterschied zeigt sich nur darin, daß hier nicht die *actio ex stipulatu*, als welche schlechterdings eine durch Vollziehung eines richterlichen Rechtsspruchs erfolgte Entwährung voraussetzte, sondern nur die actio emti wider den Verkäufer angestellt werden kann. Die Folge ist zwar die nämliche. Die Frau ist hier wegen des bessern Rechts ihres Ehemanns an dem ihm zum Brautschatz gegebenen Sklaven um ihr Heyrathsgut gekommen nicht anders, als wenn er ihr gerichtlich wäre abgestritten worden. Allein es ist bey der duplae stipulatio eine nothwendige Bedingung, rem iudicio evictam esse. Von

37) Das et steht nicht in dem Erlang. Codex.

dieser Strenge ist die actio emti weit entfernt, zu deren Begründung genug ist, daß der Käufer, wegen des bessern Rechts eines Dritten, dasjenige nicht hat behalten und behaupten können, was ihm verkauft worden ist [38]). Das Andere ist der Fall, wenn mir Jemand eine fremde Sache verkauft hat, die ich für desselben Eigenthum hielt, und ich nachher dem Eigenthümer, der sich, noch ehe ich dem Verkäufer das Kaufgeld bezahlt hatte, gemeldet, und seine Ansprüche gerichtlich zu verfolgen im Begriff war, zur Abwendung des Prozeßes die Sache abgekauft habe. Hier habe ich nun zwar die Sache behalten, aber nicht wegen des mit dem Verkäufer abgeschlossenen Contracts, sondern weil ich sie dem Eigenthümer abgekauft habe. Daher kann ich mich nun gegen den ersten Verkäufer mit Recht der Einrede bedienen, daß ich die Sache nicht aus dem Rechte habe behalten und behaupten können, aus welchem sie mir von ihm übertragen worden ist, wenn er auf die Bezahlung des Kaufgelds gegen mich klagt. So lehrt Pomponius in folgender aus dessen *libro XI. ad Sabinum* entlehnten Stelle.

*L.* 29. *D. pr. h. t.* Si rem, quam mihi alienam vendideras, *a domino redemerim*, falsum esse, quod Nerva respondisset, posse te a me pretium consequi ex vendito agentem, *quasi habere mihi rem liceret*, Celsus filius agebat: quia nec bonae fidei conveniret, et ego *ex alia causa* rem haberem [39]).

38) S. Cujacius ad Africanum Tract. VI. h. L. und Waechtler ad h. L. in *Opusc.* pag. 53. sq.

39) Cod. Erlang. liest hier: *ut* ego ex alia causa rem haberem.

Eviction leisten heißt nun einem Andern den Schaden ersetzen, den er durch Entwährung des auf ihn übertragenen Rechts erlitten hat. Man drückt diese praestatio evictionis gewöhnlich im Deutschen durch Gewährleistung aus[40]), welches aber ganz unrichtig ist. Denn Gewähren oder Gewähr leisten heißt eigentlich so viel, als für Etwas haften, dafür einstehen, oder gut seyn, daß Etwas vorhanden sey Hier ist aber von einem Verluste die Rede, den Jemand durch Urtheil und Recht leidet. Man muß also den Ausdruck *praestare evictionem* vielmehr so übersetzen, für Entwährung haften.

## §. 1116.

### Gründe der Evictionsleistung.

Die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung beruht auf verschiedenen Gründen.

Sie kann 1) aus einem Vertrage herrühren, (pactum speciale de evictione praestanda). Z B. bey der Bestellung einer Brautgabe[41]), oder bey dem Verkaufe eines Pfandes verpflichtet sich der Gläubiger dem Käufer für die Entwährung haften zu wollen[42]), wo sonst keine Verbindlichkeit dazu Statt haben würde.

2) Zur Evictionsleistung kann Jemand auch wegen eines erweislichen Dolus verbunden seyn, der sonst deshalb nicht haften dürfte Z. B. der Donator[43]) ferner

40) S. Hufelands Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 441.

41) *L.* 1. *V.* 12. *Cod. de iure dot.*

42) *L.* 22. §. *ult. D. de pign. act. L.* 10. *et L.* 12. §. 1. *D. de distract. pign. L.* 1. *et* 2. *Cod. Creditorem evictionem pignoris non debere.* VIII. 46.

43) *L.* 18. §. 3. *D. de donat.* XXXIX. 5.

der das Pfand verkaufende Gläubiger, wenn er zur Zeit des Verkaufs von dem Rechte des Evincenten unterrichtet war [44]).

3) In den meisten Fällen ist jedoch diese Verbindlichkeit schon Folge des eingegangenen Rechtsgeschäfts, wenn auch weder der erste noch der andere Grund Statt findet. Sie tritt nämlich bey allen onerösen Geschäften von selbst ein, wodurch Jemand im eignen Namen ein Recht auf einen Andern überträgt, und der Erwerber mit Recht verlangen kann, daß er für dasjenige, was er dagegen geleistet oder zu leisten übernommen hat, das ihm übertragene Recht auch behalten und behaupten könne [45]).

Zuweilen entsteht auch 4) eine Verbindlichkeit zur Evictionsleistung aus einem letzten Willen, nämlich wenn solche der vermuthlichen Absicht des Erblassers gemäß ist. Z. B. beym legatum generis, desgleichen bey einer vom Vater unter den Kindern gemachten Theilung des Nachlasses [46]).

44) *L.* 11. §. 16. *D. de act. emti et vend.* *L.* 2. *Cod. Creditor. eviction. pignoris non debere.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LXXXIX. Th. 7. S. auch den 19. Th. dieses Commentars §. 1100. S. 398. ff.

45) *L.* 11. §. 2. *D. de act. E. et V.* *L.* 60. *et* *L.* 70. *D. h. t.* S. *Io. Christph.* KOCH Commentat. iurid. de evictione in donatione non indistincte praestanda. edit. II. *Giessae* 1774. 4. §. 22. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 441.

46) *L.* 58. *D. h. t.* *L.* 29. §. 3. *D. de legat. III.* *L.* 77. §. 8. *D. de legat. II.* S. *Ant.* SCHULTING Thes. con-Thes. controv. Dec. LXXXVIII. Th. 1. Westphal von Vermächtnissen u. Fideicommissen §. 809. und §. 810.

Derjenige, welcher das evincirte Recht auf den Andern übertrug, der die Entwährung erlitten hat, und ihn deswegen zu entschädigen verbunden ist, wird *auctor* im eigentlichen Sinn [47]); wer sich hingegen zur Evictionsleistung verbindlich gemacht hat, obgleich die Sache von ihm nicht herkommt; z. B. weil er für den eigentlichen Auctor gutgesagt hat, wird *auctor secundus* [48]), oder

47) Paulus sagt *L.* 175. *§.* 1. *D. de div. reg. iuris.* Non debeo melioris conditionis esse, quam *auctor* meus, a quo ius in me transit.

48) *L.* 4. *pr. D. h. t.* Ulpianus *libro XXXII. ad Edictum.* Illud quaeritur, an is, qui mancipium vendidit, debeat fideiussorem ob evictionem dare, quem vulgo *auctorem secundum* vocant? Et est relatum, non debere: nisi hoc nominatim actum est. Westphal vom Kauf §. 197. glaubt zwar, nur bey den Mancipationen sey die Bürgschaft unter dem Namen des *auctoris secundi* üblich gewesen. Denn *mancipium vendidit* heiße hier soviel, als *per mancipationem* vendidit. Daß auch wirklich bey dem feyerlichen Verkaufe der res mancipi eine Caution durch Bürgen gebräuchlich gewesen sey, hat Noodt in Comm. ad Dig. h. t. *Oper.* T. II. pag 463. aus einer Stelle des Varro de Lingua latin. Lib. V. pag. 92. bewiesen. Deswegen glaubte auch Cujacius Observation. Lib. XXI. cap. 15. man müsse in der angeführten *L.* 4. *h. t.* statt *mancipium* vendidit, vielmehr *mancipio* vendidit lesen. Ob nun gleich dieser Leseart Salmasius libr. de Usuris. Cap. 8. pag. 209. seinen Beyfall gab; so verwarf sie doch mit Recht *Desid.* Heraldus in Animadversion. in *Salmasii* Observation. ad ius Atticum et Rom. Lib. IV. cap. 2. nr. 3. et 4. Denn man sagt wohl, mancipio dare, mancipio accipere. Cicero *in Topic.* cap. 10. Aber ganz ungewöhnlich ist die Redensart, mancipio vendere. S. Brissonius de Verb. Signif. voc.

*auctor* im uneigentlichen Sinne genennt. Mit dieser Bedeutung steht die Bedeutung des Worts *auctoritas* in ei-

*Mancipium.* Wie konnte denn aber überhaupt in den Pandecten noch von einer Mancipation die Rede seyn, nachdem Justinian schon vor der Bekanntmachung derselben durch die *L. un. Cod de nudo iure quiritium tollendo* den Unterschied zwischen res mancipi und nec mancipi, zwischen dem Eigenthum ex iure Quiritum, und dem in bonis esse, aufgehoben hatte? Unmöglich kann daher das Wort *mancipium* in der *L.* 4. *cit.* für *mancipatio* genommen werden. Es heißt hier vielmehr nichts anders als *Servus.* Da nun beym Verkaufe der Sklaven, als Sachen von vorzüglichem Werthe, der Käufer, wie die Aedilen in ihrem Edict namentlich verordnet hatten, sich von dem Verkäufer auf den Evictionsfall das Doppelte stipuliren konnte: *L.* 31. §. 20. *D. de aedilit. Edicto. L.*37. §. 1. *D. de evict,* so entstand die Frage, ob der Verkäufer diese Caution durch Bürgen bestellen müsse? Ulpian verneinet dieses, wenn es nicht besonders ausgemacht worden ist. Ausserdem ist eine bloße Repromission hinreichend. *L.*37. *pr. D. h t. L.*56. *pr. D. eodem.* S. *Ant.* Schulting Thes. controvers. Dec. LXXXVIII. Th. 8. und ad *Caji* Institnt. Lib. I. Tit. 6 §. 3 Not. 27. in *Iurisprud Antejustin.* pag. 53. *Christfr.* Waechtler in Prolegom. Comment. ad h. Tit. §. 39 in Opusc. pag. 16. et ad h. L. 4. p. 23. Um jedoch wieder auf die Mancipation zurückzukommen, von welcher Westphal die L. 4. ganz unrichtig verstanden hat, so war hier die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung eine Folge des damit verbundenen nexus; Cicero *Orat. pro Murena* cap 2. Varro de Lingua lat. Lib. VI. pag. 82. und dieser nexus verpflichtete den Verkäufer zum Duplum, wie Paulus *Sentent. Receptar.* Lib II Tit. 17. § 3. lehrt, wo Cujacius *Observat.* Lib. XXI. cap. 15. statt: venditor *duplotenus* obligatur, *nullatenus* lieset, den aber *Ant.*

ner genauen Uebereinstimmung, wenn darunter theils die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung [49]), theils die deshalb

SCHULTING ad *Paulum* c. l. not. 7. in *Iurisprud. Ante-just.* pag. 291. sqq. deswegen ausführlich widerlegt hat. Man sehe auch Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts §. 197. S. 291. der 5ten Aufl. Bey den res nec mancipi konnte jedoch die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung nach dem Edict der Aedilen durch eine duplae stipulatio begründet werden. *L.* 37. *§.* 1. *D. h. t.* VARRO Li. II. *de Re Rustica* Cap. 10. Wurde jedoch die Caution durch Bürgschaft geleistet, so hieß ein solcher Bürge nach unserer *L.* 4. *h. t.* auctor secundus, ohne Unterschied, der Kauf mochte durch Mancipation geschlossen seyn, oder nicht.

49) PAULUS *Sententiar. Receptar.* Lib. II. Tit. 17. §. 1. Venditor, si eius rei, quam vendiderit, dominus non sit, pretio accepto *auctoritatis* (oder wie SALMASIUS de Usuris cap. 8. pag. 208. liest, *auctoritati*) *manebit obnoxius.* Aliter enim non potest obligari; und §. 3. sagt Paulus: Res emta, mancipatione et traditione perfecta, si evincatur, *auctoritatis venditor duplo-tenus* obligatur. *Salmasius* sagt a. a. O. pag. 209. *Auctoritas* in his non est proprie actio pro evictione, — sed *id, quod illi actioni locum facit.* Qui enim auctorem bonum se rei venditae promisit et dominum, id praestare debet, et sic *auctoritati obnoxius* censetur, quam nisi praestet, actione tenetur pro evictione. Non est etiam titulus, vel ius, quo quis possidet, ut HOTOMANNUS et alii accipiunt; sed ἀξιοπιστία, qua se dominum rei spondet, qui eam vendit. SCHULTING ad Paulum c. l. nota 3. in *Iurisprud. Antejustin.* p. 291. mißbilliget diese Erklärung nicht, glaubt aber, daß sich das Wort *auctoritas* noch besser nach den griechischen Glossen durch βεβαίωσιν, sive confirmationem contractus, quam praestare debet venditor, erklären lasse. Doch stehe nichts

zu leistende Sicherheit[50]), theils die wegen der Eviction statt habende Klage[51]) verstanden wird. Ja, so wie der Verkäufer *auctor*, so wird der Kaufcontract *auctoritas*[52]) ge-

im Wege, warum nicht auch das Wort *auctoritas* in den angeführten Stellen pro ipsa actione, qua quis hac de re experitur, genommen werden könne, wie es *L. ult. D. h. t.* genommen wird. In dieser Bedeutung würde dann in dem §. 1. bey auctoritatis das Wort actioni, und im §. 3. das Wort actione zu subintelligiren seyn; wenn man nicht mit SALMASIUS, welches auch einen vollkommen richtigen Sinn hat, die Worte *auctoritatis venditor obligatur* so verstehen will: venditor *de evictione* tenetur. Man sehe noch vorzüglich Ge. D'ARNAUD Variar. Conjecturar. iur. civ. Lib. II. cap. 16. p. 321.

50) Hierher gehört die Ueberschrift des Titels in PAULI *Sentent. recept.* lib. V. Tit. 10. *de contrahenda auctoritate*, wobey *Ant.* SCHULTING in Iurispr. vet. Antejustin. pag. 471. not. 1. die Bemerkung macht, *Auctoritas* vero hic videtur notare contractum, aut stipulationem de praestanda auctoritate, sive firmitate contractus emtionis, adeoque et evictione praestanda. Auch SENECA *Natural. Quaestion.* Lib. IV. cap. 3. braucht den Ausdruck auctoritatem promittere.

51) *L. ult. D. h. t.* VENULEJUS *libro XVII. Stipulationum.* Si alienam rem mihi tradideris, et eandem pro derelicto habuero, amitti *auctoritatem*, id est, actionem pro evictione, placet.

52) So nennt SCAEVOLA *L. ult. D. de pigneratit. act* das instrumentum emtionis, oder den Kaufbrief, welchen der Schuldner dem Gläubiger bey der Verpfändung des Grundstücks, zum Beweis der rechtmäßigen Erwerbung desselben, mit eingehändiget hatte, *instrumentum auctoritatis*; und SENECA *Controversiar.* Lib. III. Controv. XXI. circa fin. sagt in eben dieser Bedeutung: Relegamus *auctoritatis tabellas*; furtis noxaque solutus.

nennt. Hieraus erklärt sich endlich auch die Redensart *defugere auctoritatem*, welches soviel heißt, als läugnen, daß man zur Gewährung des übertragenen Rechts verbunden sey, oder die rechtliche Vertretung verweigern[53]). Callet[54]) erklärt diesen Ausdruck in seiner Sprache durch *repudier le gariment, ou manquer de gariment.*

## §. 1117.

### Geschäfte, bey denen die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung ihrer Natur nach eintritt.

Alle nicht unentgeldliche Geschäfte haben die Verbindlichkeit zur Gewährung des übertragenen Rechts zur Folge, sie mögen entweder solche seyn, welche das Eigenthum, oder ein anderes dingliches Recht, oder auch nur ein persönliches Recht übertragen[55]). Es gehören dahin vorzüglich folgende Geschäfte.

53) *L.* 139. *D. de Verbor. Obligat.* *L.* 39. §. *ult.* *D. de Evict.* Brissonius de Verbor. quae ad ius civ. pertinent, Significat. voc *Defugere* sagt: *Defugere* dicitur *auctor*, qui laudatus et ad rem defendendam conventus, deest, defensionemque causae detrectat. In diesem Sinn kommt der Ausdruck *defugere auctoritatem* auch öfters bey den Klassikern vor. Cicero in *Orat. pro P. Sulla* Cap. XI. Plautus in *Poenulo* Act. I. Sc. I. v. 19. und Terentius in *Eunucho.* Act. II. Sc. III. v. 98. S. auch *Ant.* Schulting Thes. controv. Decad. LXXXVIII. Th. 2.

54) Comm. ad h. Tit. Cod. in Praefat. nr. 13. Tom. II. *Thes. Meermann.* pag. 313.

55) S. Ge. Frantzkius in Comment. ad Digest. h. t. nr. 188 sqq. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 5. sqq. Struv Synt. iur. civ. Exercit. XXI. Th. 16.

1) Tausch, denn dieser erfordert wechselseitige Uebertragung des Eigenthums. Die Uebergabe einer fremden Sache macht daher den Contract auf Seiten des Gebenden nichtig[56]). Der Empfänger hat in diesem Falle die Wahl, ob er dasjenige, was er dagegen gab, mit der condictio causa data zurückfordern, oder ob er mit der actio praescriptis verbis, da seiner Seits der Contract nicht ungültig ist, auf das Interesse klagen will[57]).

*L.* 1. §. 1. *D. de rer. permutat.* PAULUS *libro XXXII. ad Edictum.* Unde si ea res, quam acceperim, vel dederim, postea evincatur, *in factum dandam actionem* respondetur.

*L.* 1. *Cod. eodem.* Imp. GORDIANUS A. *Therasae.* Si, cum patruus tuus venalem possessionem haberet, pater tuus pretii nomine, licet non taxata quantitate, aliam possessionem dedit: idque quod comparavit, non iniuria iudicis, nec patris tui culpa evictum est: *ad exemplum ex emto actionis non immerito id quod tua interest*, si in patris iura successisti, *consequi desideras.* At enim si, cum venalis possessio non esset, permutatio facta est, idque quod ab adversario praestitum est, evictum est: *quod datum est, si hoc elegeris, cum ratione restitui postulabis.*

*L.* 29. *Cod. de evictionib.* Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. et CC. *Rheso.* Si permuta-

56) *L.* 1. *pr. et* §. 3. *D. de rer. permut.* S. den 18. Th. dieses Commentars. §. 1079. S. 118. ff.

57) S. *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. XXIII. cap. 28 und FRANTZKIUS Comment. ad Pand. h. t. nr. 348—363.

tionis gratia praedia curatoribus quondam fratris tui mater tua dedit: his, quae in eorum vicem accepit, posteaquam ad defensionem fuerit denuntiatum, vel cum eorum non haberet facultatem, evictis, quanti interest, eos conveniri posse, rationis est[58]).

Da hier Uebertragung des Eigenthums ein wesentliches Erforderniß des Contracts ist, so hat der Empfänger nicht einmal nöthig, den Fall der Entwährung abzuwarten; sondern er kann, sobald er in Erfahrung gebracht hat, daß die ihm übergebene Sache eine fremde, oder solche Sache sey, woran ein dritter einen gegründeten Anspruch hat, seinen Auctor mit der actio praescriptis verbis auf das Interesse belangen, nicht deswegen, weil er die Sache nicht behalten kann, sondern weil der andere Theil den Contract seiner Seits nicht gehörig erfüllt hat[59]). Daher findet auch Zurückforderung des Gegebenen Statt[60]).

58) S. Westphal vom Kaufe. §. 200.

59) Denn es kommt bey den contractibus innominatis nicht bloß auf ein tradere, sondern auf ein dare an. Nun sagt Paulus *L. 167. pr. D. de div. reg. iur.* Non videntur *data*, quae eo tempore, quo dantur, *accipientis non fiunt*.

60) *L. ult. D. de condict. causa data. L. 5. §. 1. D. de praescript. verbis. L. 20. L. 27. L. 69. L. 72. §. 5. D. de Solut.* S. *Franc.* Caletii Commentar. ad L. 3. Cod. h. t. nr. 5. Tom. II. *Thes. Meerman.* pag. 320. Bachovius ad *Treutlerum* Vol. II. Disput. VII. Th. 4. lit. C. *Io. Christ.* Mann Commentat. iur. civ. de obligatione auctorum intuitu evictionis imminentis. *Halae* 1776. 8. Cap. III. §. 19. und gemeinnützige jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle von Gmelin und Elsässer. 2. Band. Nr. I. §. 2.

2) Erbtheilung, insofern nämlich nicht der Erblasser selbst die Theilung gemacht hat, sondern die Erben unter sich getheilt haben. Denn ausserdem, daß eine solche Theilung einem Tausche gleichgesetzt wird[61]), so bringt es auch schon die Gleichheit und Billigkeit mit sich, welche die Gesetze vorzüglich bey Theilungen erfordern[62]), daß die Miterben einander in Ansehung der auf einen jeden zu seinem Antheile gefallenen Sachen für Eviction haften müssen[63]).

Dieser Grundsatz findet jedoch nicht blos bey Erbtheilungen, sondern auch bey andern Theilungen Statt. Denn da eine Theilung als ein Tausch betrachtet wird, so ist ein jeder Theilungsinteressent nach der Natur eines contractus innominati ad dandum verbunden. Wer also dem Andern das Eigenthum seines Antheils nicht gewähren kann, hat den Contract von seiner Seite nicht erfüllt, und der Verletzte kann entweder mit der condictio causa data causa non secuta die Aufhebung der ganzen Theilung, oder mit der actio praescriptis verbis seine Entschädigung suchen, ohne erst den Evictionsfall abwarten zu dürfen[64]).

61) *L.* 20. §. 3. *D. Famil. ercisc.* Westphal vom Kauf rc. §. 201. Daher findet auch hier, wie beym Tausche, die actio praescriptis verbis Statt. *L.* 14. *C. Fam. ercisc. L.* 7. *Cod. Communia utriusque iudicii.*

62) *L.* 11. *L.* 14. *Cod. Fam. ercisc. L.* 4. *Cod. Communi dividundo. L.* 3. *Cod. Commun. utriusque iud.*

63) *L.* 66. §. 3. *D. h. t.* Man vergleiche hier den 11ten Th. dieses Commentars. §. 734. S. 78—82.

64) S. die angeführten gemeinnützigen jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle. 2. Band. Nr. I. §. 6. ff.

Hat der Erblasser die Theilung selbst gemacht, so sind zwar die Rechtslehrer in Rücksicht der Evictionsleistung sehr verschiedener Meinung, wie ich schon an einem andern Orte[65]) bemerkt und weiter ausgeführt habe; es leuchtet indessen in die Augen, daß hier nicht die vorgetragenen Grundsätze zur Anwendung kommen können, sondern der Natur der Sache nach eine Evictionsleistung nur in so weit Statt haben könne, als sie der vermuthlichen Absicht des Erblassers gemäß ist, wie an dem bemerkten Orte näher gezeigt worden ist.

3) Vergleich. Da ein Transact seiner Natur nach eine wechselseitige Leistung oder Nachlaß erfordert, so gehören Transacte ohne Zweifel in die Reihe der lästigen Verträge, bey welchen eine Evictionsleistung überhaupt Statt findet. Es ist indessen nach Maasgebung der hierher gehörigen *L. 33. Cod. de Transact.* welche schon an einem andern Orte[66]) zur Sprache kam, ein Unterschied zu machen, ob die Sache evincirt wird, welche der eine Transigent von dem andern empfing, um von seinem Anspruche auf den Streitgegenstand abzustehen, oder ob das Object des Transacts selbst demjenigen entwährt worden ist, der solches unter einem lästigen Titel behielt. In dem ersten Falle bleibt der Transact an sich gültig, und der dadurch entschiedene Rechtsstreit kann nicht wieder erneuert werden. Denn einmal war die evincirte Sache nicht Zweck des Vergleichs, sondern nur Mittel der Ausgleichung. Die Entwährung derselben kann also auf die Gültigkeit des Transacts keinen Einfluß, sondern nur auf

65) S. den 11ten Theil dieses Commentars §. 734. S. 107—110.

66) S. den 5. Th. dieses Commentars §. 355. S. 78—79.

den Schaden wirken, den der Evictus durch die Aufgebung seines Anspruchs leidet. Er kann also deshalb nur Schadensersatz fordern. Den Anspruch selbst aber kann er schon darum nicht mehr geltend machen, weil er sich desselben einmal begeben hat, mithin sich nicht mehr als Eigenthümer der Sache betrachten kann, deren Eigenthum nun brevi manu durch den Vergleich auf den Besitzer überging. Hierzu kommt die allgemeine Regel, daß einmal verglichene Processe überhaupt nicht wieder erneuert werden sollen [67]. Das Gesetz giebt daher dem durch die erlittene Eviction verletzten Theil eine Klage auf Schadensersatz, und zwar die Klage aus der Stipulation, oder, wenn keine Stipulation eingetreten war, die actio praescriptis verbis. Ganz anders entscheidet das Gesetz in dem letztern Falle, wenn das Object des Transacts selbst demjenigen Transigenten evincirt wird, welchem es von dem andern Theile, der darauf Ansprüche machte, gegen eine gewisse Abfindungssumme, überlassen worden ist. Hier soll keine Evictionsleistung Statt finden, der Evincent möge der Fiskus oder ein Anderer gewesen seyn. Es fehlt auch hier wirklich an allen Voraussetzungen einer Evictionsleistung. Denn diese kann nur von demjenigen gefordert werden, der eine Sache dem Andern zu leisten verbunden war. Nun hat aber derjenige, welcher bloß von seinem Anspruche absteht, dem Besitzer nichts zu leisten, weil dieser sein Recht nicht aus der Uebertragung des andern Transigenten ableitet. Ob aber auch in diesem Falle der Vergleich als gültig bestehe, oder ob nicht vielmehr der Transigent, welchem die Sache evincirt

67) *L.* 6. *L.* 10. *L.* 16. *L.* 17. *L.* 33. *L.* 36. *et L.* 39. *Cod. de Transact.*

wurde, berechtiget sey, von dem andern Transigenten dasjenige zurückzufordern, was er ihm vermöge des Vergleichs gab? ist eine andere Frage. Soll nach den klaren Worten des Gesetzes: Si tamen *res ipsas apud te constitutas*, ob quarum quaestionem litis intercessit decisio, fiscus vel alius a te vindicavit, *nihil petere potes*, in diesem letztern Falle dem Transigenten, welcher die Eviction erlitten hat, gar keine Klage zustehen, so ist wohl natürlich auch die letzte Frage gegen ihn zu entscheiden. Zwar sind die Gründe nicht bündig, welche für die fortdauernde Gültigkeit des Transacts auch in dem von dem Gesetz entschiedenen zweyten Falle von einigen französischen Rechtsgelehrten [68]) sind angeführt worden, nämlich der Transigent sey in dem gegebenen Falle nicht schuldig dafür zu haften, daß der Andere die Sache behalten könne, sondern nur verbunden, darauf keinen Anspruch weiter zu machen; auch sey dasjenige, was der Evictus dem andern Transigenten für den Anspruch an die Sache gab, nicht der Preis des Gegenstandes, sondern blos ein Preis des Anspruchs, und der Transigent habe seiner Verbindlichkeit ein Genüge gethan, wenn er den Gegenstand des Transacts nicht weiter in Anspruch nimmt; überhaupt aber habe der Transigent die Sache auf seine Gefahr behalten. Denn dagegen läßt sich freylich immer noch einwenden, daß diese Gründe nur auf die Evictionsleistung, keineswegs aber auf die Gültigkeit des Transacts selbst wirken. Ueberdem wollte ja auch wohl gewiß der Transigent,

68) S. Les Pandectes francaises par P. V. Riffé-Caubray et *J. B.* Delaporte Tom. XIV. a *Paris* 1806. pag. 335. sq. und Pothier Pandect. Iustinian. Tom. I. Lib. II. Tit. 15. Nr. XVIII. not. a.

wenn er sich von den Ansprüchen des andern loskaufte, ihm nicht blos den Preis seines Anspruchs bezahlen, sondern durch dieses Mittel zugleich den Zweck erreichen, die Sache zu behalten. Deswegen aber getraue ich mir doch nicht zu behaupten, es sey mehr Grund vorhanden, den Transact für ungültig zu erklären [69]). Der wahre Grund für die Gültigkeit des Transacts liegt vielmehr in der Natur der Sache selbst. Denn zur Gültigkeit eines Vergleichs genügt das bloße Daseyn eines Rechtsstreits, und die Beylegung desselben durch den Transact ist eine so vollgültige causa, daß keine Zurückforderung desjenigen, was transactionis nomine gegeben worden ist, Statt findet, wofern nicht evidens calumnia erwiesen werden kann, wie Paulus lehrt *L.* 65. §. 1. *D. de condict. indebiti* [70]). Eine solche Chikane aber ist dadurch noch nicht erwiesen, daß ein Dritter die Sache nachher evincirt hat. Denn wie kann eine res inter alios iudicata gegen den Transigenten zum Beweis gebraucht werden, und ihm zum Nachtheil gereichen, da der evictus sein

69) Eine andere Meinung wird in Gönners Archiv für die Gesetzgebung und Reforme des jurist. Studiums. 2. B. Nr. XII. S. 227. ff. Ueber die Wirkungen einer Eviction bey Transactionen, vertheidiget.

70) Et quidem, quod *transactionis nomine* datur, sagt Paulus, *licet res nulla media fuerit*, non repetitur: *nam si lis fuit*, *hoc ipsum*, QUOD A LITE DISCEDITUR, *causa videtur esse*. Sin autem *evidens calumnia* detegitur, et transactio imperfecta est, repetitio dabitur. Man sehe auch *L.* 2. *Cod. de Transact.* *Ant.* FABER Rational. in L. 65. §. 1. D. de condict. indeb. und *Franc.* CONNANUS Commentar. iur. civ. Lib. V. Cap. 6. pag. 355.

Recht nicht von ihm herleitet[71]). Sie kann also auch nicht die causa des Vergleichs aufheben, noch die Kraft desselben vernichten. Noch viel weniger aber kann hier ein Irrthum, mit welchem der evictus vielleicht den Gegenstand als sein Eigenthum ansahe, für ihn als ein Grund angenommen werden, die Kraft des eingegangenen Vergleichs zu bestreiten; denn ein solcher Irrthum, welcher gerade das ungewisse Object des Vertrags betrifft, kommt beym Transact in keine Betrachtung[72]). Besitzt also der andere Transigent dasjenige, was er von dem evictus zu seiner Abfindung ohne eine ihm zur Last fallende Chikane erhielt, aus einer gesetzlich gebilligten causa, so kann man auch nicht sagen, er bereichere sich mit desselben Schaden.

4) Gebung an Zahlungs Statt. Es lassen sich hier zwey Fälle gedenken. Erstens, der Schuldner hat dem Gläubiger, statt der schuldigen Geldsumme, eine zu einem bestimmten Preis angeschlagene Sache zu seiner Befriedigung übergeben. Hier ist die datio in solutum einem Kaufe gleich zu achten. Zweytens es ist statt der schuldigen Sache eine andere von gleichem Werth gegeben worden. Hier ist das, was der Gläubiger erhielt, als eine Vertauschung für dasjenige, was er zu fordern hatte, anzusehen. In beyden Fällen hat zwar Evictionsleistung Statt, doch macht man den Unterschied, daß in dem ersten Falle mit der actio utilis ex emto nur auf

71) L. 63. *D. de re iudicata.* L. 2. *Cod VII.* 56 *Quibus res iudicata non nocet.* L. 1. *D. de except. rei iudicatae.*

72) S. den 5ten Th. dieses Commentars §. 348. u. Thibaut System des Pand. Rechts 2. B. §. 920. der 4. Ausg.

das Interesse geklagt werden, in dem letztern Falle aber der Gläubiger sein Forderungsrecht selbst noch verfolgen könne, weil der Schuldner von seiner Verbindlichkeit nicht frey wird, wenn er das Eigenthum der an Zahlungs Statt gegebenen Sache auf den Gläubiger nicht übertrug. Daher bleibt das vorige Schuldverhältniß, wenn dem Gläubiger die an Zahlungs Statt empfangene Sache evincirt worden ist. Der Kauf hingegen wird durch die Entwährung der an Zahlungs Statt gegebenen Sache nicht rückgängig gemacht; weil der Kauf den Verkäufer nur verpflichtet, die verkaufte Sache dem Käufer zu übergeben, nicht aber das Eigenthum zu übertragen. Er haftet also nur in dem Entwährungsfalle für die Entschädigung des Käufers [73]). Indessen wollen auch in diesem Falle mehrere Rechtsgelehrten [74]) dem Gläubiger die Wahl gestatten, ob er die alte Schuldklage wieder hervorsuchen, oder mit der actio emti utilis auf das Interesse klagen wolle. Es mögen darüber folgende Gesetze entscheiden.

73) S. *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. XIX. cap. 38. *Io. Iacob.* WISSENBACH Exercitation. ad Pand. P. I. Disp. XLI. Th. 14. pag. 417. *Ge.* FRANTZKIUS Commentar. in Pand. h. t. nr. 334 — 345. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7. *Ios. Fernand. de* RETES Opusculor. Lib. II. Sect. II. Cap. I. in Append. (Tom. VI. *Thes. Meerm.* p. 120.) und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Tom. II. h. t. §. 10. Ihr Vorgänger ist Accursius.

74) *Ant.* FABER de erroribus Pragmaticor. P. IV. Decad. C. Err. 7. et 8. *Franc.* DUARENUS Commentar. ad L. 4. Cod. h. t. *Oper.* pag. 1217. *Franc.* CALLETIUS Commentar. ad eand. L. Cod. (Tom. II. *Thes. Meerman.* pag. 320. sq.) *Franc.* FLORENS in Tract. ad Tit. Dig. et Cod. de solution. (in *Opp. iurid.* cura LORBER *a* STOERCHEN *Norimb.* 1756. 4. edit.) Tom. II. pag. 499.

*L. 4. Cod. h. t. Imp.* ANTONINUS A. *Georgio.* Si praedium tibi *pro soluto* datum est, quod aliis creditoribus fuerat obligatum: causa pignoris mutata non est. Igitur si hoc iure fuerit evictum, *utilis tibi actio contra debitorem competit.* Nam huiusmodi contractus *vicem venditionis* obtinet,

*L. 24. pr. D. de pignerat. act.* ULPIANUS *libro XXX. ad Edictum.* Eleganter apud me quaesitum, si impetrasset creditor a Caesare, ut pignus possideret, idque evictum esset, an habeat contrariam pigneratitiam? et videtur finita esse pignoris obligatio, et a contractu recessum. Immo *utilis ex emto* accommodata est, *quemadmodum si pro soluto ea res data fuerit*, ut in quantitatem debiti ei satisfiat, vel *in quantum eius intersit.*

*L. 46. pr. D. de Solution.* MARCIANUS *libro III. Regularum.* Si quis aliam rem pro alia volenti solverit, et evicta fuerit res: *manet pristina obligatio*: et si pro parte fuerit evicta, tamen pro solido obligatio durat: nam non accepisset re integra creditor, nisi pro solido eius fieret.

§. 1. Sed et si duos fundos verbi gratia pro debito dederit, *evicto altero fundo*, *remanet integra obligatio*: tunc ergo *res pro re soluta* liberationem praestat, *cum pro solido facta est suscipientis.*

*L. 8. Cod. de Sententiis et Interlocut. omnium iudicum.* Impp. DIOCLET. et MAXIMIAN. AA.

507. et 518. sqq. *Hug.* DONELLUS in Commentar. ad L. 4. Cod. de Evict. nr. 5. pag. 735. und Westphal vom Kauf rc. §. 203.

et CC. *Licinio.* Libera quidem Theodora, quam ex emtionis causa, vel *in solutum creditori traditam* proponis, pronuntiata: citra provocationis auxilium sententia rescindi non potest. Verum si mota quaestione, praemissa denuntiatione ei, qui auctor huiusmodi mulieris fuit, iudicatum processit: quanti tua interest, *empti*, si emisti: vel *ob debitum reddendum, si in solutum data est, repetere non prohiberis.*

Für die letzte Meinung werden noch insonderheit folgende Gesetze angeführt.

*L.* 98. *pr. D. de solution.* Paulus *libro XV. Quaestionum.* Qui res suas obligavit, postea aliquam *possessionem* ex his pro filia sua dotem promittendo obligavit, et *solvit:* si ea res a creditore evicta est, dicendum est, *maritum ex dotis promissione agere posse*, ac si statuliberum, remve sub conditione legatam, dotis nomine pro filia pater solvisset: *harum enim rerum solutio non potest nisi ex eventu liberare:* scilicet, *quo casu certum erit, remanere eas.*

Hier ist von dem Falle die Rede, wo Jemand zuerst seinem Gläubiger sein ganzes Vermögen verpfändet hatte, nachher seinem Schwiegersohne ein Heyrathsgut verspricht, und ihm von seinem bereits verpfändeten Vermögen ein Grundstück ebenfalls zur Hypothek einsetzt. Um das versprochene Heyrathsgut auszuzahlen, übergiebt er nachher seinem Schwiegersohne das ihm deshalb verpfändete Grundstück an Zahlungsstatt, (possessionem

solvit) und läßt es ihm als sein Eigenthum besitzen[75]). Der erste Gläubiger nimmt hierauf dieses Grundstück mit der hypothekarischen Klage in Anspruch, und es wird dem Schwiegersohne des Schuldners evincirt. Ohnerachtet hier die datio in solutum allem Ansehen nach zur Berichtigung einer Geldschuld geschehen war: so wird dennoch dem Schwiegersohne die vorige Klage aus dem Versprechen des Heyrathsguts mithin aus der ersten noch ungetilgten Verbindlichkeit, gestattet, nicht anders, als ob von Seiten des Schwiegervaters noch gar keine Zahlung erfolgt wäre. Der Grund hiervon ist nicht, wie Bartolus wähnt, Begünstigung des Heyrathsguts. Nein Paulus schöpft ihn aus der Natur einer datio in solutum, welche den Schuldner anders nicht von seiner Verbindlichkeit befreiet, als wenn sie den Erfolg gehabt hat, daß der Gläubiger wirklicher und vollkommener Eigenthümer der Sache geworden ist, ohne von irgend Jemand eine Entwährung befürchten zu dürfen. Dieß wäre nun hier erst dann der Fall gewesen, wenn durch Abfindung des ersten Gläubigers desselben Pfandrecht getilgt worden[76]). Der Schwiegersohn hätte aber auch eben so gut gegen den Schwiegervater wegen der Eviction mit der actio utilis ex emto klagen können, welche darin vortheilhafter, als die erste Klage, ist, daß sie auch zugleich auf das Interesse geht[77]).

75) *L.* 13. *Cod. de pignorib.*

76) S. *Iac.* Cujacius Commentar. in Libr. Quaestionum XV. Pauli ad h. L. 98. D. de solution. in *Operib. postum.* Tom. II. pag. 1178.

77) *L.* 25. *Cod. h. t.* verglichen mit *L.* 1. *pr. D. de act. emti et vend.*

Daß die datio in solutum den Schuldner nur unter der Bedingung befreit, wenn der Gläubiger an der ihm zur Berichtigung der Schuld gegebenen Sache das vollkommene Eigenthum erwirbt, und daß bis dahin das vorige Schuldverhältniß unverändert bleibt, der Gegenstand der Schuld mag in einer Geldsumme oder in andern Sachen bestehen, erhellet auch aus dem Grunde, den Marcian *L.* 46. *pr. D. eodem* anführt, weil ja der Gläubiger eine solche Sache nicht an Zahlungsstatt angenommen hätte, die er als sein Eigenthum nicht behalten kann.

In dieser Hinsicht sagt den auch Pomponius *L.* 20. *D. eodem*[78]), wenn der Schuldner dem Gläubiger eine Sache an Zahlungsstatt giebt, die einem Dritten verpfändet ist, so werde er nicht frey, weil der Gläubiger wegen des ihm übertragenen Eigenthums nicht sicher ist, daß die Sache von dem dritten Gläubiger evincirt werde.

Ganz diesen Grundsätzen gemäß rescribirten daher die Kaiser Diocletian und Maximian in der *L.* 8. *C. de sentent.* wenn die für eine freie Person durch Urtheil und Recht erklärte Theodora dem Gläubiger in der Meinung, daß sie eine Sklavin sey, an Zahlungsstatt gegeben worden wäre, so bleibe ihm sein Recht, gegen den Schuldner noch auf Bezahlung der Schuld zu klagen un-

78) Pomponius *libro XXII. ad Sabinum.* Si rem meam, quae pignoris nomine alii esset obligata, debitam tibi solvero, non liberabor: *quia avocari tibi res possit ab eo, qui pignori accepisset.* Man vergleiche noch *L.* 26. *in fin D. de solut.* aus eben dieses Pomponius *libro XXXI. ad Sabinum.*

benommen. Es war auch wohl hier nur von einer Geldschuld die Rede, wenigstens ist kein überwiegender Grund vorhanden, den allgemeinen Ausdruck debitum gerade auf eine schuldige Species zu beschränken.

Entgegen streiten auch die oben angeführten beyden ersten Gesetze nicht. Sie reden zwar freylich nur von der actio utilis ex emto; allein die *L.* 4. *C. h. t.* spricht doch dem Gläubiger die vorige Schuldklage nicht ab, welche mit der actio utilis ex emto sehr wohl bestehen kann; und wenn die *L.* 24. *D. de pign. act.* sagt: videtur finita esse pignoris obligatio, et a contractu recessum, so ist ja hier gar nicht von der Schuldklage selbst, sondern von der *actio pigneratitia contraria* die Rede, welche dem Gläubiger gegen den Schuldner zusteht, wenn ihm eine fremde Sache verpfändet worden ist, und auf das Interesse geht[79]). Diese erlöscht freylich, wenn der Schuldner das Pfand dem Gläubiger an Zahlungsstatt überläßt, oder sich das Eigenthum des Pfandes vom Princeps zuschlagen läßt. Hierdurch wird nun allerdings das vorige Pfandverhältniß (obligatio pignoris) aufgehoben, und an die Stelle der actio pigneratitia contraria tritt im Entwährungsfalle die utilis actio ex emto, wodurch der Gläubiger noch die Bezahlung der Schuld erwirken, oder auch das Interesse erhalten kann[80]).

79) *L.* 16. §. 1. *D. de pign. act.*

80) S. Calletius Comm. ad L. 4. Cod. h. t. pag. 321. Es ist daher nicht nöthig die L. 24. D. de pign. act. mit *Ant.* Faber de errorib. Pragmaticor. Decad. C. Err. 8. für interpolirt zu halten. Man sehe *de* Retes Opuscul. Lib. II. Sect. II. Cap. 1. in Append. nr. 22. Tom. VI. *Thes. Meerm.* pag. 122.

So lassen sich also nach der letztern Meinung alle die von der datio in solutum sprechenden Gesetze sehr wohl vereinigen. Das practische Interesse dieser Controvers besteht nun darin, daß wenn man den Grundsatz unbedingt annimmt, die vorige Schuldverbindlichkeit erlösche durch Gebung an Zahlungsstatt anders nicht, als wenn das Eigenthum der Sache auf den Gläubiger dergestalt übergegangen ist, daß ihm die Sache nicht evincirt werden kann; der Gläubiger im Evictionsfalle mit seinem Forderungsrechte auch seine Ansprüche an Pfand und Bürgen behält, die sonst mit der Schuldverbindlichkeit erlöschen würden. Es gewährt überdem diese Meinung dem Gläubiger auch noch den Vortheil, daß er, wie Franz Florens[81]) ganz richtig bemerkt, aus der noch fortdauernden Verbindlichkeit gegen den Schuldner auch noch vor erfolgter Entwährung klagen kann, ohne daß er nöthig hat den Evictionsfall abzuwarten[82]); dahingegen die actio utilis ex emto erst nach erfolgter Eviction angestellt werden kann[83]).

5) Bestellung einer Brautgabe, wenn nämlich entweder ein Versprechen vorausgieng, oder die Brautgabe dem Ehemann für einen bestimmten Preis käuflich überlassen ward, oder der Besteller zur Dotation gesetzlich verbunden war. Für die beyden ersten Fälle spricht ein klares Gesetz.

L. 1. *Cod. de iure dot.* Impp. Severus et An-

81) Tr. ad Titt. Dig. et Cod. de Solutiou. pag. 499. pag. 506. et 507. Man sehe auch Donellus in Commentar. ad L. 4. Cod. h. t. nr. 5. in fin.

82) *L.* 27. *L.* 38. §. 3. *L.* 69. *L.* 98. *pr. D. de Solution.*

83) *L.* 3. *et* 4. *Cod. h. t.*

TONINUS AA. *Nicephoro.* Evicta re, quae fuerat in dotem data, *si pollicitatio vel promissio fuerit interposita:* gener contra socerum vel mulierem, seu heredes eorum, *condictione,* vel *ex stipulatione* agere potest. Sin autem nulla pollicitatio, vel promissio intercesserit: post evictionem eius, si quidem res aestimata fuerit, *ex emto* competit actio. Sin vero hoc non est factum: si quidem bona fide eadem res in dotem data est, nulla marito competit actio. Dolo autem dantis interposito, *de dolo actio* adversus eum locum habebit: nisi a muliere dolus interpositus sit: tunc enim, ne famosa actio adversus eam detur, *in factum actio* competit. PP. Data Kal. August. MUTIANO et FABIANO Conss. 202 [84]).

Es werden hier in dem Falle, da die zum Heyrathsgute gegebene Sache evincirt worden ist, zwey Hauptfälle unterschieden.

1) Die dotis datio gieng von einem Versprechen aus. Ein solches Versprechen war jedoch zu den Zeiten der Kaiser Severus und Antoninus anders nicht klagbar, als wenn es mit feierlichen mündlich ausgesproche-

84) Ueber dieses Gesetz vergleiche man *Io.* SICHARDI Praelect. in Cod. Lib. V. Tit. 12. Tom. I. pag. 1623. sqq. (*Basiliae* 1565. f.) *Hub* GIPHANII. Explanat. difficilior. et celebrior. Leg. Cod P. I pag. 398. sqq. (Colon. Plancian. 1614. 4.) *Io. Iac.* WISSENBACHII Commentation. in libros VII. priores Cod. pag. 418. (Franequerae 1701. 4.) *Gottl. Wilh.* DINCKLER Diss. de evictione dotis. *Lipsiae* 1728 und *Io. God. Siegm. Albr.* BÜCHNER Diss. de eo, quod iustum est circa evictionem in dotis datione praestandam. *Gissae* 1789.

nen Worten geschehen war, und hieß bald *dotis dictio*, wenn eine vorhergehende Frage dabey nicht nöthig war, aber die Summe ausgedruckt werden mußte, und übrigens nur von gewissen Personen, nämlich der Frau, ihrem Vater, und ihrem Schuldner, gültig eingegangen werden konnte[85]); bald *promissio dotis*, wenn das Versprechen der Brautgabe durch eine bestimmte mündliche Frage desjenigen, welcher den Brautschatz erhalten sollte, und eine darauf passende mündliche Antwort des Promittenten, so wie bey Stipulationen üblich war, geschahe. Auf solche Art konnte jeder dotem promittere[86]). Dort war die Formel der Diction ohngefähr die: *Tantum tibi erit dotis nomine*[87]); oder wie Chremes beym Terenz[88]) sagt: *Dos, Pamphile, est talenta quindecim;* worauf

85) Cajus *Institution.* Lib. II. Tit. IX. §. 3. und Ulpianus *Fragm.* Tit. VI. §. 1. et 2. S. *Io. Gottl.* Heineccii Antiquitat. Rom. iurisprud. illustrant. Syntagm. Lib. II. Tit. 8. §. 6.

86) S. Caius c. l. und Ulpianus c. l. §. 2. in fin. Dare, promittere dotem *omnes* possunt. Darauf geht auch die Stelle des Paulus *L.* 41. *pr. D. iure dot.* Promittendo dotem, *omnes* obligantur, *cuiuscunque sexus, conditionisque sint.* Denn gleich nachher §. 1. ist von der *actio ex stipulatu* die Rede.

87) Aehnliche Formeln finden sich in den Fragmenten der Pandecten. *L.* 25. *L.* 44. §. 1. *L.* 46. §. 1. *L.* 57. *pr. D. de iure dotium. L.* 125. *D. de Verbor. Significat.* S. *Iac.* Gothofredi Commentar. in L. ult. Cod. Theodos. de dotib. Tom. I. Lib. III. Tit. 13. pag. 347. der Ritterschen Ausgabe. Und *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. Lib. XXIII. Tit. 3. §. *Sequitur.* Oper. Tom. II. pag. 503.

88) In *Andria* Act. V. Scen. IV. v. 47.

Pamphilus sogleich antwortete: *accipio* [89]). Die Formel bey der Promission hingegen lautete so: *Decem in anno proximo dotis nomine dare spondes?* worauf der Promittent sogleich antwortete: *Spondeo* [90]). Diese Formeln wurden in der Folge unnöthig, nachdem die Kaiser Theodos und Valentinian *L. 4. Cod. Theodos. de dotibus* verordnet hatten: Ad exactionem dotis, quam semel praestari placuit, *qualiacunque sufficere verba*, etiamsi *dictio*, vel *stipulatio* in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit subsecuta. Da Justinian diese Verordnung, obwohl mit einigen Veränderungen, in seinen Codex, *L. 6. V. 11. de dotis promissione* aufnahm, so wurden nun alle Stellen sowohl in den Pandecten [91]), als in dem

89) Hugo im Lehrbuche der Geschichte des röm. Rechts. §. 223. der fünften Aufl. glaubt nicht, daß bey der dictio dotis eine nachfolgende ausdrückliche Annahme nöthig gewesen sey. Allein ihm widerspricht DONATUS, welcher zu der Stelle des TERENTIUS die Bemerkung macht: *Ille nisi dixisset*, ACCIPIO, *dos non esset: datio enim ob acceptum confirmatur; nec potest videri datum id, quod non est acceptum;* und SENECA *Controversiar. Lib. I. cap. 6.* sagt: *Multi duxère sine dotibus uxores: quidam dictas non accepere dotes.* Wie ließe sich denn auch überhaupt ein Formularcontract (und dieß war ja die dictio dotis) ohne eine ausdrückliche Acceptation denken? *L. 1. §. 3. D. de pactis.* S. GOTHOFREDUS c. l. NOODT c. l. und HEINECCIUS c. l.

90) *L. 48. pr. D. de iure dot.*

91) Zuweilen ist diese Interpolation sehr unschicklich ausgefallen, wovon die *L. 61. D. de iure dot.* ein Beyspiel giebt, wo statt *doti dictum*, welches sehr richtig war, *doti pro-*

Codex, welche von der *dictio dotis* handelten, interpolirt, und statt dieses Ausdrucks das Wort *pollicitatio* oder *promissio* gesetzt. Dieß ist unstreitig auch mit der *L. 1. Cod. de iure dotium* geschehen, wie Noodt und Gothofred ganz richtig bemerkt haben; wo statt *dictio* das Wort *pollicitatio* gebraucht worden ist, welches also hier soviel als nudum pactum heißt, dahingegen das nachher folgende Wort *promissio* hier soviel als stipulatio bedeutet, wie aus dem Nachsatz sich ergiebt [92]). Hieraus erhellet aber auch zugleich, wie ganz unrichtig es sey, wenn einige Rechtsgelehrten [93]) die Worte: *si pollicitatio vel promissio fuerit interposita*, nicht von der Bestellung einer Brautgabe, sondern von der Evictionsleistung haben verstehen wollen. Die genaue Verbindung dieser Worte mit den vorhergehenden *in dotem data*, und die nachfolgenden Worte: *Sin autem nulla pollicitatio vel promissio intercesserit*, beweisen vielmehr augenscheinlich, daß der eigentliche Sinn der Worte dahin gehe: wenn das Heyrathsgut evincirt worden ist, und die Bestellung desselben mittelst eines vorhergegangenen Versprechens oder auch durch Stipulation geschehen war, so kann der Mann gegen denjenigen, welcher ihm den Brautschatz gegeben hatte, er sey der Schwiegervater, oder die Frau oder ein Dritter, oder auch gegen deren Erben mit der condictio oder actio ex stipulatu auf Evictions-

*missum* gesetzt ist. S. *Hub.* GIPHANII Lectur. Altorphin. (*Francof.* 1605. 4) *pag.* 133

92) S. POTHIER Pand. Iustin. Tom. II. Lib. XXIII. Tit. 3. Nr. XLIII. not. b.

93) *Iul.* PACIUS Analys. Cod. Lib. V. Tit. 12. nr. 13. pag. 460. und BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. 2. in Supplend. pag. 105.

leistung klagen [94]). Die *condictio*, von welcher hier die Rede ist, ist zwar jetzt nach der Interpolation des Gesetzes eine *condictio ex Lege*, nämlich die *condictio ex hac L. 1. Cod. de iure dotium:* oder auch die *condictio ex L. 6. Cod. de dotis promissione;* allein zur Zeit der Kaiser SEVERUS und ANTONINUS war sie ohne Zweifel die *condictio certi*, welche, wie Ulpian *L. 9. pr. D. de rebus creditis* sagt, ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, zuständig ist, sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto. Diese Klage hatte unstreitig auch bey der dictio dotis Statt. Denn die dictio dotis war ein Verbalcontract [95]). Die *actio ex stipulatu* aber konnte hier, wo keine Frage vorhergegangen war, nicht gebraucht werden [96]). Da nun sowohl die condictio, als die actio ex stipulatu, auf ein *dari sibi oportere* gehen, d. h. auf eine Uebertragung des Eigenthums, quia *dari* cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut eius fiat, wie Justinian §. 14. *I. de action.* sagt; derjenige aber, welcher ein Heyrathsgut zu geben versprochen, seine Verbindlichkeit so gut als nicht erfüllt hat, wenn er eine Sache zum

94) S. GIPHANIUS in Explanat. difficil. LL. Cod. ad L. 1. C. de iure dot. pag. 398. und *Ge.* FRANTZKIUS Commentar. in Pand. h. t. nr. 522.—525.

95) S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts §. 223. der 5. Auflage. Daher wird in den Gesetzen der Pandecten die dotis datio unter die Contracte gezählt. *L.* 23. *D. de div. reg. iur.* und auch ausdrücklich ein Contract genennt. *L.* 1. §. 6. *D. de pecun. constit.* *L.* 65. *D. de iudiciis.*

96) S. GIPHANIUS in Lectur. Altorphin. p. 133.

Heyrathsgute gab, welche evincirt worden ist [97]; wei die promissio dotis die Uebertragung des Eigenthums zur Absicht hat [98]; so folgt hier, wie Sichard [99]) ganz richtig lehrt, die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung schon aus der Natur der Sache. Denn bey den obligationes dandi, die durch ein Versprechen begründet worden sind, wird der Schuldner nur dann erst von seiner Verbindlichkeit frey, wenn der Gläubiger die ihm zur Tilgung derselben gegebene Sache eigenthümlich behalten kann [100]). Zwar wird die dotis datio in den römischen Gesetzen [1]) unter die Schenkungen gerechnet; weil eine Ehe auch ohne Heyrathsgut bestehen kann [2]); allein versprach der Geber den Brautschatz vor der Uebergabe, so kann sie nun um so weniger als eine bloße Freygebigkeit

97) *L.* 167. *D. de div. reg. iur L.* 25. §. 1. *D. de contrah. emt. L.* 75 §. *ult. D. de Verb. obligat.*

98) §. 40. in *fin. I. de rer. divis. L.* 47. §. *ult. D. de peculio.*

99) Praelect. in Cod. ad L. 1. Cod. de iure dot. nr. 8. pag. 1626. Man sehe auch *Iac.* Cujacii Commentar. in Librum IV. Responsor. Papiniani ad L. 69. §. 7. D. de iure dot. wo er den Grund darin setzt: *Quia dedisse non videtur, qui dedit, quod marito habere non licuit.*

100) *L.* 20. *L.* 98. *pr. D. de Solution.* Daher sagt Pothier Pandect. Iustin. T. II. Lib XXIII. Tit. 3. Nr. XLIII. not. c. ganz richtig: *Nam qui dixit, aut promisit dotem, non fuit liberatus solutione rei alienae: adeoque tanquam adhuc obligatus conveniri potest Condictione certi, aut actione ex stipulatu.*

1) *L. ult. Cod. de donat. ante nupt.*

2) *L.* 22. *Cod. de nupt.*

des Gebers betrachtet werden, da der Empfänger dafür die Bestreitung der Ehestandslasten übernimmt [3]). In dieser Hinsicht gehört also die Bestellung einer Brautgabe zu den zweyseitigen, und folglich lästigen Verträgen. Daß die Brautgabe kein bloßes Geschenk sey, sagt *Iulian* *L.* 19. *D. de obligat. et action.* Ex promissione dotis non videtur *lucrativa causa* essse: sed quodammodo *creditor* aut *emtor* intelligitur, qui dotem petit; nämlich der Mann wird als *creditor* ex stipulatu betrachtet, wenn bey der Bestellung des Heyrathsguts keine Aestimation geschehen war; als *emtor*, wenn das Heyrathsgut geschätzt, und dem Ehemann käuflich überlassen worden [4]). Ganz damit einverstanden, sagt ferner Ulpian *L.* 21. §. 1. *D. de Donat. inter vir. et uxor.* Si uxor viro dotem promiserit, et dotis usuras: sine dubio dicendum est, peti usuras posse: *quia non est ista donatio, cum pro oneribus matrimonii petantur.* Auch die Kaiser Theodos und Valentinian bemerken gelegentlich *L. un. Cod. de imponenda lucrativa descriptione* (X. 35.) Si vero, vel socer futurus, filii, vel nepotis, vel pronepotis sponsae affinitatis coeundae causa donaverit: vel parens etiam filiam, vel neptem, vel proneptem curiali, seu extraneo nubentem dotaverit, licet casus eventu [5]), res eius, cui data est, verta-

3) *L.* 56. §. 1. *D. de iure dot. L.* 16. *D. de castrensi peculio.*

4) S. *Hub.* GIPHANIUS ad L. 19. D. de obligat. et act. in *Lectur. Altorphin.* pag. 577.

5) Das heißt, wenn auch der Mann auf den Todes-Fall der Frau das Heyrathsgut lucriren sollte. S. *Io. Dan.* RIT-

tur ad lucrum, *nec inter lucrativas numerabitur*, nec descriptionis oneri subjacebit. *Nec enim iuris optimi est, matrimonium, cum tot tantisque suis difficultatibus opprimatur, adventitiis etiam cumulare ponderibus.* Wer kann daher dem großen Cujaz[6]) Unrecht geben, wenn er aus diesen Gesetzen zeigte, dotis causam non esse lucrativam. Doch genug von dem ersten Falle.

2) Der datio dotis gieng kein Versprechen einer Brautgabe voraus, sondern sie erhielt ihre Entstehung durch die bloße Tradition. Hier unterscheidet unsere *L.* 1. *C. de iure dotium* wiederum zwey Fälle.

a) Das Heyrathsgut war zu einem gewissen Preis angeschlagen, und dem Mann dafür käuflich überlassen worden. Hier wird der Mann als Käufer des Heyrathsguts betrachtet, quia aestimatio *venditio* est, wie Ulpian[7]) sagt, er kann daher im Evictionsfalle, welcher aber erst eingetreten seyn muß, *ex emto* klagen.

TERI Commentar. ad Novell. Impp. THEODOSII et VALENTINIANI *de his, qui sponte munus aliquod vel honorem largiuntur*, (woraus die *L. un.* geschöpft ist) not. o in Collect. Novellar. Constitution. Imperator. Iustiniano anterior. adject. Codici Theodos. Tom. VI. P. II. pag. 42.

6) Observation. Lib. XXV. cap. 25.

7) *L.* 10. §. 5. *in fin. D. de iure dotium.* Auch Justinian sagt *L. un.* §. 9. *V.* 13. *Cod. de rei uxor. act.* Aestimatarum enim rerum *maritus quasi emtor*, et commodum sentiat, et dispendium subeat, et periculum exspectet, S. *Iac.* CUJACIUS Observation. L. XVII. cap. 1.

*L.* 16. *D. de iure dot,* Ulpianus *libro XXXIV. ad Sabinum.* Quotiens *res aestimata* in dotem datur, *evicta ea,* virum *ex emto* contra uxorem agere: et quidquid eo nomine fuerit consecutus, *dotis actione,* soluto matrimonio, ei praestare oportet: quare et si duplum forte ad virum pervenerit, id quoque ad mulierem redigetur. Quae sententia habet aequitatem: quia non *simplex venditio* sit, sed *dotis causa,* nec debeat maritus lucrari ex damno mulieris: sufficit enim, *maritum indemnem praestari,* non etiam lucrum sentire.

Der Mann kann sich in diesem Falle auch der exceptio doli mali bedienen, wenn von ihm der Werth des Heyrathsguts gefordert wird.

*L.* 49. §. 1. *D. Soluto matrim.* Paulus *libro VII. Responsorum.* Fundus aestimatus in dotem datus, a creditore antecedente ex causa pignoris ablatus est. Quaesitum est, an mulier, si aestimationem dotis repetat, exceptione summovenda sit: ait enim, se propterea non teneri, quod pater eius dotem pro se dedit, cui heres non exstiterit? Paulus respondit, *praedio evicto sine dolo et culpa viri,* pretium petenti mulieri *doli mali exceptionem* obesse: consequi enim eam pretium fundi evicti, evidens iniquitas est, cum dolus patris ipsi nocere debeat.

b) Es ist keine aestimatio dotis d. h. keine käufliche Schätzung des Heyrathsguts geschehen. Auch hier werden wieder zwey Fälle unterschieden.

*α)* Der Geber der evincirten Brautgabe war in bona fide, d. i. er hatte von dem Rechte des Evincen-

ten keine Wissenschaft. Hier ist kein Grund zu einer Evictionsleistung vorhanden, und dem Manne steht also auch desfalls keine Evictionsklage zu.

*L.* 69. §. 7. *D. de iure dot.* PAPINIANUS *libro IV. Responsorum.* Cum res in dotem aestimatas soluto matrimonio reddi placuit, summa declaratur 8), non venditio contrahitur: ideoque *rebus evictis*, si mulier *bona fide* eas dederit, *nulla est actio viro:* alioquin de dolo tenetur.

*L.* 13. *Cod. de iure dotium.* Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. et CC. *Catulae et Statiae.* Si a matre vestra superstite aliquid ad vos pertinens, in dotem scienti vitrico vestro datum est: intelligitis, nullam firmitatem iuris dationem habere, *si neque pollicitatio, neque stipulatio intercessit.*

Hier also, wo die Natur des Geschäfts keine Verbindlichkeit zur Evictionsleistung erzeugt, kann sie jedoch durch Vertrag begründet werden 9), wie bereits oben §. 1116. Nr. 1. bemerkt worden ist. Allein man könnte

8) Das heißt, der Anschlag geschieht hier blos zu dem Zweck, um durch die Taxe den wahren Werth des Brautschatzes auszumitteln, damit bey der künftigen Restitution die Größe und der Betrag desselben keinem Streite ausgesetzt seyn möge, wenn etwa das Heyrathsgut durch die Schuld des Mannes deteriorirt worden, oder ganz zu Grunde gegangen wäre. Man nennt dieß eine blos Anschlagsweise geschehene Schätzung, (aestimatio dotis taxationis gratia facta). S. meine Rechtsfälle und Abhandlungen 2. Band. Nr. XXXI.

9) S. *Iac.* BRUNNEMANNI Comm. ad L. 13. C. de iure dot.

hier einwenden, daß nach der *L. un. §. 1. C. de rei uxoriae actione* bey jeder Bestellung eines Heyrathsguts eine Stipulation angenommen werden solle, wenn auch ausdrücklich keine errichtet worden ist. Es möchte also scheinen, daß auf den Unterschied nichts mehr ankomme, ob ein Heyrathsgut versprochen worden ist, oder nicht. Azo war auch wirklich der Meinung, die *L. 1. de iure dot.* sey durch die *L. un. C. de rei ux. act.* abgeändert worden [10]). Allein schon die Glosse [11]) hat dagegen ganz richtig erinnert, daß diese Fiction sich blos auf die der actio ex stipulatu beygelegte stillschweigende Hypothek beziehe. Nun wird zwar ausdrücklich gesagt, daß diese Hypothek dem Ehemann auch dann zu Statten kommen solle, wenn das Heyrathsgut entwährt worden; allein da dieser Entwährung nur beyläufig gedacht wird, so ist, weil im Zweifel Abänderung eines in den Codex aufgenommenen Gesetzes nicht vermuthet wird, natürlich ein solcher Fall vorauszusetzen, wo nach bestimmteren Gesetzen eine Verbindlichkeit zur Evictionsleistung eintritt [12]).

*β*) Dem Besteller des Heyrathsguts fällt ein Dolus zur Last. Hier verpflichtet ihn sein Dolus zur Evictionsleistung. Wegen der deshalb anzustellenden Klage unterscheidet jedoch das Gesetz, ob das Heyrathsgut von der Frau, oder von einem Andern war gegeben worden. In

10) Unter den neuern auch Iensius in Strictur. ad Rom. iuris Pand. et Cod. ad L. un. §. 1. Cod. de rei ux. act. pag. 588.

11) Ad L. 1. Cod. de iure dot. verb. *Marito*.

12) S. Sichard Praelect. ad h. L. 1. nr. 12. pag 1628. Lauterbach Colleg. th. pract Pand. Lib XX Tit. 2. §. 15. und Dinckler Diss. de evictione dotis. §. 13.

dem ersten Fall soll nur eine *actio in factum* Statt finden, um die Ehre der Frau zu schonen, in dem letzten Falle hingegen kann die *actio de dolo* gegen den Besteller des Heyrathsguts angestellt werden.

Ausser diesen Fällen, wovon die *L. 1. C. de iure dotium* redet, hält man den Geber eines Brautschatzes auch dann zur Evictionsleistung verpflichtet, wenn er das Heyrathsgut vermöge einer gesetzlichen Nothwendigkeit bestellt hatte, weil er hier der gesetzlichen Pflicht vollständig nachkommen muß [13]). Er kann wenigstens zur Redotation angehalten werden. Man hat zwar dagegen eingewendet, die *L. 1. Cod.* rede ja ausdrücklich auch vom Schwiegervater, und verpflichte auch ihn nur dann zur Evictionsleistung, wenn er das Heyrathsgut versprochen hat [14]). Allein der Vater ist ja nicht unbedingt zur Dotirung seiner Töchter verbunden, in dem Falle aber, da ihm die Gesetze diese Verbindlichkeit auflegen, kann doch diese gesetzliche Nothwendigkeit nicht weniger Wirkung haben, als ein Versprechen, welches zur Gebung des Heyrathsguts verpflichtet, wie Ulrich Huber [15]) sehr richtig bemerkt hat.

6) Vorzüglich Kauf. Der Verkäufer ist zwar verbunden, die verkaufte Sache dem Käufer zu tradiren, aber diese Verbindlichkeit erstreckt sich nicht auf Uebertra-

13) *Ulr.* Huberi Praelect. iuris Rom. P. III. h. t. §. 5. in fin. *Io.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 11. Thibaut System des Pandectenrechts 1. B. §. 450.

14) S. Dinckler Diss. de evictione dotis. §. XIII. in fin.

15) Praelect. iur. Rom. c. l.

gung des Eigenthums[16]). Es ist, wie Paulus[17]) lehrt, genug für ihn, wenn er dem Käufer den Besitz der verkauften Sache einräumt. Denn das heißt hier die Sache tradiren[18]). Dafür aber muß doch der Verkäufer dem Käufer stehen, daß er in dem ungestörten Besitz der Sache bleiben kann. Denn sonst hat er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, und er ist in dem Entwährungsfalle zur Leistung des Interesse gehalten[19]). Hierher gehören folgende Gesetzstellen.

*L. 66. pr. D. de contrah. emt.* Pomponius *libro XXXI. ad Quintum Mucium.* In vendendo fundo quaedam, etsi non condicantur[20]), praestanda sunt; *veluti ne fundus evincatur.*

16) *L. 25. §. 1. D. de contrah. emt.* S. den 16. Th. dieses Commentars §. 972. S. 8. ff.

17) *L. 1. pr. D. de rer. permutat.*

18) *L. 28. D. de Verb. obligat.* Ulp. Si *rem tradi* stipulamur, non intelligimur proprietatem eius dari stipulatori, sed tantum *tradi.*

19) *L. 3. pr. D. de act. emti et vend.* Pomp. Ratio possessionis, quae a venditore fieri debeat, talis est, ut, si quis eam possessionem iure avocaverit, *tradita possessio non intelligatur.* *L. 11. §. 13. D. de act. emti et vend.* Ulp. Idem Neratius ait, venditorem in re tradenda debere praestare emtori, *ut in lite de possessione potior sit*: Sed Iulianus *libro XV. Digestorum* probat, *nec videri traditum*, si superior in possessione emtor futurus non sit. Erit igitur *ex emto* actio, nisi hoc praestetur.

20) *Condicere* heißt hier soviel als etwas verabreden, oder durch Uebereinkunft festsetzen. Pothier in Pand. Iustin. Lib. XIX. Tit. I. Nr. VIII. not. d. sagt: *Condicere* hic

*L.* 11. §. 2. *D. de act. et vend.* ULPIANUS *libro XXXII. ad Edictum.* Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est, *tradere:* quae res, siquidem dominus fuit venditor, facit et[21] emtorem dominum: si non fuit, tantum *evictionis nomine* venditorem obligat, si modo pretium est numeratum, aut eo nomine satisfactum.

*L.* 60. *D. de Evict.* IAVOLENUS *libro II. ex Plautio.* Si in venditione dictum non sit, quantum venditorem pro evictione praestare oporteat: nihil venditor praestabit, praeter simplam *evictionis nomine*, et *ex natura ex emto actionis hoc, quod interest.*

*L.* 70. *D. eodem.* PAULUS *libro V. Quaestionum.* Evicta re, *ex emto actio* non ad pretium duntaxat recipiendum, *sed ad id quod interest competit.*

*L.* 6. *Cod. eodem.* Imp. ALEXANDER A. *Octavio.* Non dubitatur, *et si specialiter venditor evictionem non promiserit*, re evicta, *ex emto* competere actionem.

Ist daher auch eine fremde Sache verkauft worden, allein es ist keine Entwährung erfolgt, so ist der Verkäufer dem Käufer nichts schuldig[22]. Ja wenn auch

est, dicere ea, de quibus inter contrahentes convenit; a particula coniunctiva *Cum* et verbo *dicere.* Unser Erlanger Codex liest jedoch: etiam si non *dicantur.*

21) Statt facit et liest Cod. Erlang. *faciet.*

22) *L.* 1. *pr. D. de rer. permutat.* Itaque si evicta res sit, (venditor) *nihil debet.* —

ein Dritter den Käufer schon in Anspruch genommen hätte, so kann dennoch der Verkäufer nicht eher wegen der Eviction belangt werden, als wenn der Käufer den Besitz der Sache, dem rechtskräftig gewordenen richterlichen Erkenntniß zu Folge, wirklich an den Evincenten abgetreten hat.

*L.* 3. *Cod. h. t.* Impp. SEVERUS et ANTONINUS AA. *Aureliano.* Qui rem emit, et post possidet, *quamdiu evicta non est*, auctorem suum propterea, quod aliena, vel obligata res dicatur, convenire non potest.

Es muß sich nur aber der Verkäufer keines Dolus schuldig gemacht, und z. B. wissentlich eine, fremden Ansprüchen unterworfene Sache, einem Unwissenden verkauft haben. Denn hier braucht der Käufer die völlige Entwährung nicht abzuwarten, sondern er kann, noch ehe dieselbe erfolgt ist, den Verkäufer actione ex emto auf das Interesse belangen, wie Africanus lehrt *L.* 30. §. 1. *D. de act. emti et venditi.* Si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris, etiam, *prius quam evincatur*, utiliter me *ex emto* acturum putavit in id, *quanti mea intersit meam esse factam.* Quamvis enim alioquin verum sit, venditorem hactenus teneri, *ut rem emtori habere liceat*, non etiam *ut eius faciat*, quia tamen dolum malum abesse praestare debeat, teneri eum, *qui sciens alienam, non suam ignoranti vendidit.* Idem est maxime[23]),

23) Die Leseart ist hier streitig. Man sehe Westphal vom Kauf. §. 254. Ich bemerke hier nur noch, daß unser Erlanger Codex statt Idem est maxime, *id maxime* lieset. Baudoza hat *Id est maxime.* Haloander

si manumissuro vel pignori daturo vendiderit [24]).

Daß die Sache dem Käufer schon übergeben, oder ihm selbst müsse übergeben, und das Kaufgeld bezahlt worden seyn, ist zur Begründung dieser Verbindlichkeit nicht nöthig [25]). Denn ist die entwährte Sache auch nicht dem Käufer selbst, sondern mit seinem Willen einem Dritten übergeben worden, an welchen der Käufer die Sache gleich wieder verkauft hatte; so kann er dennoch seinen Verkäufer wegen erfolgter Entwährung belangen, weil er deshalb dem zweyten Käufer verbindlich ist, wenn er gleich die entwährte Sache nie in seinen Händen gehabt hat. Die Uebergabe ist in Ansehung seiner brevi manu geschehen. So lehrt **Marcellus** *libro VIII. Digestorum*, woraus *L.* 61. *D. h. t.* entlehnt ist. Si, quod a te emi, et Titio vendidi, voluntate mea Titio tradideris: de evictione te mihi teneri, sicuti, si acceptam rem tradidissem, placet. Ist die Sache noch nicht tradirt, und der Käufer bringt in Erfahrung, daß eine Hypothek auf der Sache hafte, so

*Idem maxime.* Cujacius in Tract. VIII. ad Africanum in L. h. 30. §. 1. hält die Leseart *id est* für die richtigere. Es kommt indessen überall einerley Sinn heraus. Der Sinn ist nämlich der, es sey dieses besonders alsdann der Fall, wenn Jemand einen Sklaven verkauft hat, den der Käufer manumittiren, oder seinem Gläubiger zum Pfande geben wollte.

24) Denn einen Sklaven manumittiren, oder verpfänden kann nur derjenige, welcher Eigenthümer desselben ist. S. Cujacius l. c.

25) Man sehe *Franc.* Calletii Commentar. ad L. 3. C. h. t. in Thes. Meerman. T. II. pag. 319.

kann er von dem Verkäufer verlangen, daß er sie von dieser Last befreye, und hat er das Kaufgeld noch nicht bezahlt, so kann er solches so lange zurückbehalten, bis jenes geschehen ist [26].

*L.* 5. *Cod. h. t.* Imp. ANTONINUS A. *Petroniae.* Ex his praediis, quae mercata es, si aliqua a venditore obligata, et necdum tibi tradita sunt: *ex empto actione* consequeris, *ut ea a creditore liberentur.* Idem etiam fiet, si adversus venditorem ex vendito actione pretium petentem, *doli exceptionem* opposueris.

*L.* 24. *Cod. eodem.* Impp. DIOCLETIANUS *et* MAXIMIANUS AA. et CC. *Eutychio.* Si post perfectam venditionem ante pretium numeratum, rei venundatae mota fuerit quaestio, vel mancipia vendita proclament in libertatem, cum in ipso limine contractus immineat evictio, emptorem, si satis ei non offeratur, ad totius vel residui pretii solutionem non compelli, iuris auctoritate monstratur. Unde cum parte pretii numerata, domus, quam emisti, tibi, velut pignoris iure obligatae, ne ad emtionem accederes, denuntiatum ab aliquo proponas, iudex tibi, quae ex emtione veniunt, praestari providebit.

Ist eine Universitas rerum verkauft worden, so lassen sich zwey Fälle gedenken.

26) S. *Franc.* DUARENUS Commentar. ad L. 3. Cod. h. t. *Oper.* pag. 1217. und MANN Commentat. iuris civ. de obligatione auctorum intuitu evictionis imminentis. §. 13—16.

1) Es ist eine universitas iuris, z. B. eine Erbschaft oder Peculium verkauft worden. Hier braucht der Verkäufer nur für die Entwährung des Ganzen, nicht aber einzelner Sachen zu stehen. Es gehören hierher folgende Stellen.

*L.* 5. *D. h. t.* Paulus *libro XXXIII. ad Editum.* Servi venditor *peculium* accessurum dixit: si *vicarius*[27]) evictus sit, nihil praestaturum venditorem Labeo ait: quia sive non fuit in peculio, non accesserit, sive fuerit, injuriam a iudice emptor passus est: aliter atque si nominatim servum accedere dixiset: tunc enim praestare deberet in peculio eum esse.

*L.* 1. *Cod. eodem.* Impp. Severus et Antoninus AA. *Munitio.* Emptor hereditatis rem a possessoribus sumptu ac periculo suo persequi debet. Evictio quoque non praestatur in singulis rebus, cum hereditatem iure venisse constet, nisi aliud nominatim inter contrahentes convenit.

Der Grund liegt in der Natur der Sache selbst. Denn es ist hier ein juristisches Ganze verkauft worden, wel-

27) Servus *vicarius* war ein servus servi, ein Sklave, den sich ein servus ordinarius von seinem ersparten Peculium gekauft hatte, um ihm in seiner Arbeit zu helfen, aber auch um wieder von dessen Diensten einen Gewinn zu ziehen. Er gehörte daher zu dem Peculium des Sklaven. *L.* 7. §. 4. *L.* 17. *D. de peculio.* Horatius *Satyr.* II. 7. 97. Cicero *in Verrem.* Lib. I. cap. 36. Ein solcher servus vicarius konnte zuweilen mehr werth seyn als der servus ordinarius, zu dessen Pekulium er gehörte. *L.* 44. *pr. D. de aedilit. Edicto* S. Waechtler Comment. ad h. L. 5. h. t. pag. 25.

ches aus ganz heterogenen Sachen bestehen, ja ohne alle körperliche Sachen gedacht werden kann. Auf die einzelnen Sachen, welche dieses Ganze enthält, kommt daher nichts an, wenn nur das Ganze, was er verkauft hat, vorhanden ist. Werden daher dem Käufer einzelne Sachen evincirt, die ihm mit überliefert worden sind, so verliert dadurch die universitas selbst, als ein blos ideeles Ganze, nichts von ihrem Wesen. Von einer Erbschaft ist dieses ausser Zweifel. *Hereditatis* appellatio, sagt Pomponius *L.* 119. *D. de Verbor Signif.* sine dubio continet etiam damnosam hereditatem, *iuris enim nomen est:* nam *universitatem quandam*, fügt Africanus noch hinzu *L.* 208. *D. eodem*, ac ius successionis, et *non singulas res* demonstrat. Ja Papinian sagt *L.* 50. *D. de hereditatis petitione:* Hereditas, *etiam sine ullo corpore*, iuris intellectum habet. Diesem zu Folge lehrt nun Ulpian *L.* 2. *pr.* D. *de hered. vel act. vend.* der Verkäufer einer Erbschaft brauche wegen der Eviction, nämlich einzelner Sachen [28]), keine Caution zu leisten, cum id inter ementem et vendentem agatur, ut neque amplius, neque minus iuris emptor habeat, quam apud heredem futurum esset. Es hat gar keinen Zweifel, daß alles dieses auch vom Peculium gelte, da das Peculium, wie Ulpian *L.* 7. §. 4. *et sqq.* ausführlich zeigt, ebenfals eine universitas iuris ist. Werden also einzelne Sachen davon evincirt, so sind nun nach Paulus in der oben angeführten Stelle zwey Fälle denkbar. Sie gehörten entweder gar nicht zu dem

28) S. *Ant.* FABER in Rational. ad Pand. h. L. POTHIER Pand. Iustin. T. I. Lib. XVIII. Tit. 4. Nr. XII. not. i. Westphal vom Kauf. §. 874.

Peculium; dann sind sie dem Käufer nicht mit verkauft worden; oder sie gehörten dazu; dann hat der Käufer durch das illegale Verfahren des Richters Unrecht erlitten. Dieß ist ein Unglücksfall, der nur den Käufer, aber nicht den Auctor trifft [29]). Der Käufer kann also weder in dem einen noch anderm Falle von dem Verkäufer Entschädigung fordern. Ein Anders wäre, wenn eine Quote der Erbschaft durch einen hinzugekommenen Miterben wäre evincirt worden. Eine solche Entwährung begründet ohne Zweifel eine Regreßklage gegen den Verkäufer der Erbschaft. Denn der Verkäufer muß die Richtigkeit seines Erbrechts gewähren. Hier hatte er aber das Ganze selbst, was er auf den Käufer übertragen wollte [30]), nicht geliefert. Auch bey der Entwährung einzelner Sachen wird alsdann eine Ausnahme Statt finden, wenn die entwährten Sachen namentlich mit verkauft worden sind. Denn wenn gleich sonst der Verkäufer für die Größe der Erbschaft nicht haften darf, so ist er doch alsdann dazu verbunden, wenn sie nach einem Inventarium verkauft worden ist [31]). Ein Gleiches gilt vom Peculium, wie Celsus lehrt *L.* 38. *pr. D. de act. emti et venditi.* Si venditor hominis dixit, *peculium eum habere* DECEM, nec quemquam ademturum: et si plus habet totum praestet; — *si minus est, praestet esse* DECEM, *et talem servum esse, ut* TANTUM PECULII *habeat.* Hierin sind nun auch alle

29) *L.* 51. *pr. D. h. t. L.* 15. *Cod. eodem.*

30) *L.* 7. *D. de hered. vel act. vend.* S. *Io. Melch. Gottl* BESEKE de alienatione hereditatis. *Hal.* 1774. 8. Cap. X. §. 134.

31) *L.* 14. §. 1. *L.* 15. *D. de heredit. vel act. vend.* S. den 16. Th. dieses Commentars §. 1013. S. 318. f.

Rechtsgelehrten [32]) einverstanden, denn die Bestimmtheit der angeführten Gesetze läßt keinen Zweifel übrig [33]). Streitiger ist

2) der Fall, wenn eine universitas facti verkauft worden ist. Doneau [34]) nimmt als allgemeinen Grundsatz an, daß beym Verkauf einer universitas rerum, ohne Unterschied, sie sey iuris oder facti, also gleichviel, eine Erbschaft, Peculium, Heerde Vieh, Bibliothec u. d. der Verkäufer nie für Entwährung einzelner Sachen hafte, wenn nicht ein Anders verabredet worden ist. Andere [35]) unterscheiden hingegen, ob der Kauf im Bausch und Bogen (per aversionem) geschlossen, oder zugleich eine gewisse Zahl von Sachen bestimmt worden sey. Im ersten Falle finde wegen entwährter einzelner Sachen keine Evictionsleistung, wohl aber im letztern Falle Statt. Nach einer dritten Meinung [36]) soll der Verkäufer bey der selbst per

32) S. *Franc.* CALLETIUS ad L. 1. Cod. h. t. bey MEERMAN Tom. II. pag. 315. *Iac.* CUJACIUS Commentar. in lib. XXXIII. Pauli ad Edictum. ad L. 5. h. t. *Oper.* Tom. II. pag. 548. sq. *Franc.* DUARENUS Comm. ad L. 1. Cod. h. t. *Oper.* pag. 1216. *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. Lib. XVIII. Tit. 4. §. Vult igitur. p. 401. und POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. Lib. XIX. Tit. I. Nr. XXXVII. Not. a.

33) Man vergleiche noch *L.* 33. *pr. D. de aedilit. Edicto.*

34) *Hug.* DONELLUS Commentar. ad L. 1. Cod. h. t. nr. 5. pag. 632.

35) *Ge.* FRANTZKIUS Commentar. ad Pand. h. t. nr. 165 — 173. *Ge. Ad.* STRUV Synt. iur. civ. T. II. Exercit. XXVII. Th. 22. *Nic. Christph. de* LYNCKER Diss. de Evictionibus. *Ienae* 1699. §. 28.

36) *I. H.* BOEHMER Introduct. in ius Dig. h. t. §. 7.

aversionem geschehenen Uebertragung einer universitas facti auch wegen einzelner Dinge verantwortlich seyn, wenn sie nicht gleichfalls als etwas Ideales zum Gegenstand eines Vertrags gemacht worden sind.

Es liegt allerdings in der Natur der Sache ein wichtiger Unterschied zwischen einer universitas iuris und facti, weshalb man die von Doneau aufgestellte Regel nicht als allgemein annehmen kann. Zwar ist nicht zu läugnen, daß auch eine universitas facti als ein Begriffsganzes insofern anzusehen ist, als sie, wie eine Universitas iuris, einen Abgang erleiden, und einen Zuwachs erhalten kann, ohne dadurch etwas von ihrem Wesen zu verlieren. Sie bleibt vielmehr, sie werde vermindert oder vermehrt, immer die nämliche Universitas, und existirt in der Eigenschaft eines idealen Ganzen fort [37]). Mann könnte also freylich denken, in dieser blos juristischen Beziehung sey der Verkäufer einer universitas facti eben so wenig, wie bey der universitas iuris, wegen entwährter einzelner Sachen verantwortlich, und dieß scheint fast noch weniger einem Zweifel unterworfen zu seyn, wenn sogar eine solche Universitas facti, wie das insgemein der Fall zu seyn pflegt, im Bausch und Bogen für einen Preis verkauft worden ist. Dennoch aber bleibt ein bedeutender Unterschied zwischen einer universitas iuris und facti, weshalb sich nicht von der einen auf die andere

Thibaut System des Pand. R. 1. B. §. 179. u. Müller Versuch über die Gewährsleistung. 2. Hauptst. §. 1. S. 23. ff.

37) *L. 13. pr. D. de pignor. et hypoth. L. 22. D. de legat. I. L. 30. §. 2. D. usurpat. et usucap. L. 21. §. 1. D. de except. rei iudic.*

schließen läßt. Er besteht darin, daß jene auch ohne alle körperliche Sachen gedenkbar ist. Denn sie ist, wie Pomponius[38]) sagt, blos ein nomen iuris, und hat, wie Papinian[39]) sich ausdrückt, etiam sine ullo corpore, iuris intellectum. Es ist also ganz der Natur der Sache gemäß, daß hier der Verkäufer nur für das Ganze, nicht aber für einzelne Sachen haften darf. Denn hier ist ja kein certum corpus verkauft worden, daher braucht auch der Verkäufer keine certam quantitatem peculii, keine certam quantitatem hereditatis zu prästiren, wie Ulpian *L. 33. pr. D. de aedilit. edicto* in einem ähnlichen Falle sagt. Es läßt sich ja nicht einmal aus dem Namen des Ganzen erkennen, worin die einzelnen Sachen, die das Ganze ausmachen, bestehen; wie könnte also der Käufer behaupten, daß ihm auch gerade die Sachen, welche ihm entwährt worden, mit verkauft worden sind? Ein ganz anders Ansehen hat dagegen eine universitas facti, wie z. B. eine Heerde Vieh, eine Bibliothec u. d. Eine solche universitas ist ein certum corpus, welches aus mehreren von einander abgesonderten körperlichen Sachen einer gewissen Gattung besteht. So belehrt uns Pomponius, wenn er *L. 30. pr. D. de Usurpat. et usucap.* sagt: Est *genus corporum*, quod *ex distantibus* constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subjecta, veluti *grex*. Eben so sagt Justinian *§. 18. I. de legatis*: Est enim *gregis unum corpus* ex distantibus capitibus, sicut aedium unum corpus est ex cohaerentibus lapidibus. Daher kann z. B. wohl eine Heerde Gegenstand der Reivindication seyn,

38) *L. 119. D. de Verbor. Signif.*

39) *L. 50. pr. D. de hered. petit.*

aber kein peculium, als solches[40]. So wie nun in diesem Falle der Verkäufer die fehlerfreye Beschaffenheit eines jeden einzelnen Stücks gewähren muß[41]), so muß er auch für jedes einzelne Stück haften, wenn es entwährt worden ist, es mag die universitas facti fur einen Preis (per aversionem) oder auf eine solche Art verkauft worden seyn, daß Stück für Stück behandelt worden ist. Diesem scheint zwar entgegen zu streiten, wenn **Paulus** sagt *L.* 36. *D. h. t*, Nave aut domu empta, singula caementa vel tabulae emtae non intelliguntur: *ideoque nec evictionis nomine obligatur venditor*, quasi evicta parte. Man könnte also diesem zu Folge auch sagen: Grege emto, gregem, non *singula capita* emta videri. Ja man könnte dieses noch damit bestärken, was **Ulpian** *L.* 1. §. 3. *D. de rei vindicat.* sagt: Sed enim gregem sufficiet ipsum nostrum esse, *licet singula capita nostra non sint:* grex enim, *non singula corpora* vindicabuntur. Allein soviel jene Stelle des **Paulus** anbetrifft, so hat schon **Cujaz**[42]) bemerkt, daß dieselbe von der actio ex stipulatu zu verstehen sey, wenn der Entwährung wegen eine stipulatio duplae errichtet worden ist. Denn daß die actio emti Statt habe, wenn von einem gekauften Hause integrirende Theile entwährt worden sind, lehrt **Javolenus** *L.* 23. §. 1. *D. de usurpat. et usucap.* wo

40) *L.* 1. §. 3. *L.* 56. *D. de rei vindicat.*

41) *L.* 33. *pr. L.* 34. §. 1. *L.* 38. §. 14. *D. de aedilitio Edicto.* S. oben §. 1110. S. 63. ff.

42) Commentar. in Pandect. ad L. 23. §. 1. D. de Usurpat. et usucap. Man sehe auch POTHIER Pandect. Iu. h. t. Nr. XXXVIII. not. g. und **Westphal** vom Kauf §. 226.

er sagt: Si autem columna evicta fuerit, puto, te *ex empto* cum venditore recte acturum, et eo genere rem salvam habiturum. Der Grund dieses Unterschiedes liegt darin, weil man die Stipulationen streng nach den Worten erklärte. Nun gieng die stipulatio duplae blos auf das Ganze, nicht auf das Einzelne. Daher brauchte auch der Verkäufer nur jenes, nicht dieses zu gewähren. Denn der Kauf war blos über das Ganze geschlossen worden[43]). Eine andere Auslegung erheischte die Billigkeit. Vermöge derselben war bey einer Universitas, die blos aus körperlichen Dingen besteht, anzunehmen, daß jedes einzelne Stück mit verkauft sey. Diesem gemäß muß also der Verkäufer jedes einzelne Stück gewähren, was zur Zeit des Verkaufs zur Universitas gerechnet worden ist[44]). Deswegen wird die actio emti gestattet, welche eine actio bonae fidei ist[45]), und auch sonst sehr häufig in den Fällen ertheilt wird, wo ex stipulatu nicht geklagt werden kann[46]). Eben so wenig steht uns die andere Stelle aus Ulpian entgegen, denn sie redet von der Reivindication, und will nur soviel sagen, auch eine Heerde könne vindicirt werden, und es werde die Klage dadurch nicht

43) *L.* 36. *L.* 42. *D. h. t.*

44) S. *Iac.* CUJACII Commentar. in Libr. LIII. *Pauli* ad Edictum ad L. 42. D. de Eviction. *Oper.* Tom. II. pag. 729. sq. und *Ant.* SCHULTING Thesium controvers. Decad. LXXXVII. Th. 4.

45) *L.* 7. *D. de negot. gestis.* Quia tantundem in bonae fidei iudiciis officium iudicis valet, quantum in stipulationibus nominatim eius rei facta interrogatio.

46) *L.* 35. *D. de act. emti et vend.* *L.* 24. *L.* 41. §. 1. *D. de Evictionib.*

gehindert, daß auch fremde Stücke darunter befindlich sind, genug wenn die Heerde an sich dem Vindicanten gehört. Ist etwas Fremdes darunter, so wird sich das bey der Restitution finden [47]). Nam *in restitutionem* non veniunt aliena capita, sagt gleich nachher Paulus *L.* 2. *D. de rei vindicat.* Eben dieser Paulus erklärt sich darüber noch *L.* 23. §. 5. *D. eodem* auf folgende Art: In his corporibus, quae *ex distantibus corporibus* essent, constat singulas partes retinere *suam propriam speciem*, ut singulae oves: ideoque posse me gregem vindicare, quamvis aries tuus sit immixtus: sed et te arietem vindicare posse. Daß aber bey der Uebertragung einer universitas facti selbst in der Eigenschaft eines idealen Ganzen angenommen werde, als ob jedes einzelne Stück, woraus dieselbe besteht, übertragen worden ist, ergiebt sich noch insonderheit aus *L.* 79. *pr. D. de legat.* 3. wo Celsus sagt: Si *chorus* aut *familia* legetur, perinde est, *quasi singuli homines legati sint.* Wenn daher von einem vermachten Ganzen, welches an sich aus körperlichen Sachen besteht, auch nur noch eine einzelne Sache vorhanden ist, so kann sie gefordert werden, weil bey dem Vermächtniß eines körperlichen Ganzen angenommen wird, als ob jedes dazu gehörige einzelne Stück vermacht worden sey [48]). Warum sollte es beym Kaufe einer solchen Universitas anders seyn?

Zu den Rechtsgeschäften, welche die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung nach sich ziehen, gehört nun ferner noch

47) S. *Ant.* Fabri Rational. in Pand. ad L. 1. §. 3. et L. 2. D. de rei vindicat.

48) §. 18. *I. de legatis.* Man sehe Vinnius in Comment. ad h. L. §. I. nr. 1.

6) Pfandgebung, wenn der Schuldner dem Gläubiger eine fremde, oder eine schon einem Andern verpfändete Sache zum Pfande gegeben hat[49]). Hier haftet derselbe wegen der Entwährung, und kann mit der actio pigneratitia contraria in Anspruch genommen werden, er mag dieses Verhältniß der Sache gewußt haben, oder nicht, wenn nur der Gläubiger nicht davon unterrichtet war[50]). Endlich

7) Vermiethung. Auch hier findet die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung Statt, der Vermiether mag gewußt haben, daß die vermiethete Sache eine fremde sey, oder nicht[51]). Der Locator haftet hier dem Conductor mit der actio conducti. Ob auf das ganze Interesse? auch wenn der Vermiether in bona fide war, so daß ihm weder dolus noch culpa zur Last fällt? ist streitig. Mehrere Rechtsgelehrten[52]) behaupten dieses. Ich habe mich aber an einem andern Orte für die Meinung des Cujaz[53]) erklärt, welcher in dem Falle, da dem Vermiether keine Schuld beyzumessen ist, dafür hält, daß derselbe nur auf Herausgabe des bereits zum Voraus bezahlten Miethgeldes ex conducto belangt werden könne, und nur dann zur Leistung des ganzen Interesse verbunden sey, wenn er wissentlich eine fremde Sache per fraudem vermiethet hat.

49) *L. 9 pr. L. 32. L. 36. §. 1. D. de pignerat. act.*
50) *L. 16. §. 1. D. eodem.* S. den 14. Th. dieses Commentars §. 873.
51) *L. 8. L. 9. pr. L. 33. L. 35. D. locati.*
52) *Casp.* SCHIFORDEGHER ad Antonium Fabrum. Lib. II. Tract XIX Qu. 1—3. *Nic. Christ. de* LYNCKER Diss. de evictionibus. §. 15. pag. 23. und Westphal vom Kauf. § 962.
53) Ad Africanum Tract. VIII. ad L. 33. de Locati. S. den 17. Th. dieses Commentars. §. 1051. S. 366. ff.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Glück, Christian Friedrich << von>>, / Hellfeld, Johann August,

Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar für meine Zuhörer

Bd.: 20,1

Erlangen (1819)

J.rom.c. 137-20,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565412-4
VD18 9022518